

# LA BÚSQUEDA DE UNA NUEVA TIPOLOGÍA EXPLICATIVA DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL(\*)

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO(\*\*)

SUMARIO: 1. REFLEXIÓN PRELIMINAR.—2. LA ÚLTIMA *RATIO* DE LA BIPOLARIDAD: LA CONCEPCIÓN DEL «LEGISLADOR NEGATIVO» (*NEGATIV GESETZGEBER*) Y LA REAFIRMACIÓN KELSENIANA DEL PRINCIPIO DE SUJECIÓN DE LOS JUECES A LA LEY.—3. LA CENTRALIDAD DEL MODELO CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANO EN LA SEGUNDA POSGUERRA Y EL PROTAGONISMO DEL PODER JUDICIAL.—4. LA PROGRESIVA PÉRDIDA DE SENTIDO DE LA VISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO «LEGISLADOR NEGATIVO».—5. LA OBSOLESCENCIA DE LOS RASGOS BINOMIALES CONTRAPUESTOS DE CALAMANDREI.—A) *El carácter relativo de la contraposición «sistema concentrado/sistema difuso»: del monopolio del control de la constitucionalidad por el Tribunal Constitucional al mero monopolio de rechazo.*—B) *La relatividad de la rígida contraposición entre el carácter incidental y principal del control.*—C) *Los elementos de aproximación frente a la supuesta separación visualizada en los binomios*

---

(\*) Ponencia preparada para el Seminario internacional sobre «Giustizia costituzionale comparata: proposte classificatorie a confronto». Organizado por la *Università degli Studi di Bologna. Facoltà di Giurisprudenza*-Sede de Ravenna (2-3 de abril de 2012). Sistematizada y redactada completamente *ex novo* a partir de trabajos anteriores y ulteriores reflexiones del autor.

(\*\*) Catedrático de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

*relativos a la extensión, naturaleza y efectos temporales de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad.—a) El determinante influjo de la regla stare decisis en el sistema americano: de la inaplicación con efectos inter partes a la anulación con efectos erga omnes.—b) La generalización de la nulidad ipso iure de la norma en contradicción con la Constitución y de los efectos ex tunc de las sentencias de inconstitucionalidad de los Tribunales Constitucionales.—c) La prospective overruling en el sistema norteamericano.—D) Otros mecanismos de aproximación entre los dos antaño contrapuestos sistemas de justicia constitucional.—6. LA MIXTURA E HIBRIDACIÓN DE LOS SISTEMAS JURISDICCIONALES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO DE NUESTRO TIEMPO.—7. A LA BÚSQUEDA DE UNA NUEVA TIPOLOGÍA EXPLICATIVA DE LOS RASGOS CONFORMADORES DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD.*

## 1. REFLEXIÓN PRELIMINAR

Uno de los fenómenos más relevantes de los ordenamientos constitucionales de nuestro tiempo ha sido el de la universalización de la justicia constitucional, rasgo que se ha acentuado de modo muy notable en el último cuarto del pasado siglo, pudiéndose poner en estrecha sintonía con la universalidad de la idea de libertad, con la expansión sin fronteras de un sentir que ve en el respeto de la dignidad de todo ser humano y de los derechos inviolables que le son inherentes, la regla rectora de la convivencia social civilizada y, por ende, de todo gobierno democrático. Bien significativo al respecto es el hecho de que la caída de gobiernos autoritarios siempre haya ido seguida de la creación de mecanismos de justicia constitucional, de lo que encontramos cumplido testimonio en Alemania, Italia, Portugal y España, por poner algunos ejemplos próximos. Ello no hace sino corroborar la esencialidad de la justicia constitucional en el Estado constitucional. Como al efecto ha señalado Zagrebelsky (1), «la giustizia costituzionale è divenuta pietra di paragone di quel tipo di democrazia —la democrazia nello Stato costituzionale di Diritto— che si vuol essere tipica della cultura politico-costituzionale europea».

Esta expansión sin límites de la justicia constitucional, como no podía ser de otro modo, ha incidido sobre la clásica contraposición bipolar a la que durante bastante tiempo trataron de ser reconducidos los distintos sistemas de justicia constitucional: el sistema norteamericano y el europeo-kelseniano, o si se prefiere, el modelo de la *judicial review* y el de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

Esta bipolaridad, que ya quedó un tanto relativizada tras la aprobación de la *Zweite Bundesverfassungsnovelle* (la segunda Constitución nueva) austriaca, de 7 de diciembre de 1929, por lo que después se dirá, se iba a ver sustancialmente afectada por el diseño de los nuevos modelos de justicia constitucional creados en la segunda posguerra en Italia y Alemania, en cuanto que los mismos partieron de una idea de Constitución muy próxima a la norteamericana, con-

---

(1) Gustavo ZAGREBELSKY, «Premessa», en *La Giustizia Costituzionale in Europa*, coordinada por Marco OLIVETTI y Tania GROPPi, Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. XII.

figuraron a sus respectivos Tribunales Constitucionales como una jurisdicción más que como un «legislador negativo», que es como Kelsen concibió a este tipo de órganos, aunque esta idea-fuerza siguiera estando presente y a ella se anudaran ciertas consecuencias jurídicas, y otorgaron un especial protagonismo a los órganos integrantes del poder judicial, tanto en su rol de tutores del sistema de derechos y libertades, como en la función que iban a asumir en relación al control de constitucionalidad, de resultas de la introducción por estos ordenamientos de un elemento difuso en un modelo de justicia constitucional de estructura y organización concentrada, el instituto procesal conocido entre nosotros como cuestión de inconstitucionalidad (las denominadas en Italia *questioni di legittimità costituzionali*).

La enorme expansión de la justicia constitucional que ha seguido desde entonces, ha propiciado una mixtura e hibridación de modelos, que ha operado en paralelo a un proceso de progresiva convergencia entre los elementos, antaño supuestamente contrapuestos, configuradores de los dos tradicionales sistemas de control de la constitucionalidad de los actos del poder. La resultante de todo ello es la pérdida de gran parte de la utilidad analítica de la tan generalmente asumida bipolaridad «modelo americano/modelo europeo-kelseniano». Como dice Rubio Llorente (2), hablar hoy de un sistema europeo carece de sentido porque hay más diferencias entre los sistemas de justicia constitucional existentes en Europa que entre algunos de ellos y el norteamericano.

Consecuentemente con lo que se acaba de exponer, se hace necesaria la búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional. Anticipemos ya, que no se trata de sustituir la dicotomía tradicional por otra diferente. Se trata de proceder a la búsqueda de categorías que sean capaces de explicarnos con un cierto grado de abstracción, que ha de propiciar a su vez una más amplia capacidad analítica, la complejidad y heterogeneidad de los sistemas de control de constitucionalidad de los actos de poder. La

---

(2) FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa», en *Manuel Fraga. Homenaje Académico*, vol. II, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1997, pp. 1411 y ss.; en concreto, p. 1416.

diferenciación primaria ha de partir de la distinción entre el control de constitucionalidad de la ley y aquel otro control que se lleva a cabo con ocasión de la aplicación de la ley. La primera modalidad de fiscalización presupone que el control de constitucionalidad se pone en manos de la jurisdicción constitucional en ausencia no ya de un litigio preexistente ante un juez ordinario, sino, más ampliamente aún, de cualquier conflicto de intereses. Como es obvio, el control que se desencadena con ocasión de la aplicación de la ley en una *litis* concreta presupone justamente lo contrario. A esta diferenciación se anudarán otras, en una sucesión de categorías dicotómicas.

## 2. LA ÚLTIMA *RATIO* DE LA BIPOLARIDAD: LA CONCEPCIÓN DEL LEGISLADOR NEGATIVO (*NEGATIV GESETZGEBER*) Y LA REAFIRMACIÓN KELSENIANA DEL PRINCIPIO DE SUJECCIÓN DE LOS JUECES A LA LEY

I. La plena recepción en Europa de los mecanismos propios de la justicia constitucional, como es de sobra conocido, tendrá lugar en los aledaños de la primera posguerra. Por un lado, la Constitución de Weimar propiciará un desarrollo de la justicia constitucional que nos ofrece una imagen contradictoria y polícroma (3), bien que, en sintonía con la tradición alemana, las competencias de esa jurisdicción se orientan fundamentalmente hacia los problemas dimanantes de la estructura federal del Estado. Por otro, la Constitución de la República Federal de Austria (*Oktoberverfassung*) diseñará un nuevo sistema de control de constitucionalidad, obra maestra de Kelsen, que diferirá notablemente del modelo norteamericano.

Uno de los componentes esenciales de la justicia constitucional alemana deriva de la estructura federal del Estado germano. Como razona Friesenhahn (4), de la función de conciliación (*Befriedungsfunktion*) ínsita a toda forma federativa, deriva la necesidad para la Federación de asegurar la resolución de las controversias entre los

---

(3) Helmut SIMON, «La Jurisdicción Constitucional», en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE y HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 823 y ss.; en concreto, p. 826.

(4) Ernst FRIESENHAHN, *La Giurisdizione Costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 3.

miembros federados. La primera Constitución federal del Imperio alemán, de 16 de abril de 1871, en su artículo 76.1, encomendó la resolución de tales controversias al *Bundesrät*, esto es, a un órgano político compuesto por representantes de los Estados que integraban la Federación. Con análoga finalidad, la Constitución de Weimar, en su artículo 19, iba a encomendar la resolución de aquellos litigios que, no siendo de Derecho privado, surgieran entre los diferentes *Länder* o entre el *Reich* y los *Länder*, a un Tribunal Supremo de Justicia del *Reich*, que una norma legal de desarrollo del artículo 108, la Ley de 9 de julio de 1921, finalmente crearía: el *Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich*. Ello no obstante, como señalara Benda (5), ni este órgano, ni tampoco el *Reichsgericht*, al que de inmediato aludiremos, serían considerados como «guardianes de la Constitución», pues esta función de defensa constitucional (*Hüter der Verfassung*) se atribuiría comúnmente al *Reichspräsident*, esto es, al Presidente del *Reich*, muy en la línea schmittiana.

En cuanto al control de compatibilidad de las normas de los *Länder* con el Derecho del *Reich*, contemplado por el párrafo segundo del artículo 13 de la Carta de Weimar, que no precisaba, sin embargo, el órgano competente para llevarlo a cabo, limitándose a aludir a que el control recaería sobre una «jurisdicción suprema del *Reich*», sería encomendado por una Ley de 8 de abril de 1920 al *Reichsgericht*.

La norma weimariana, por el contrario, omitió toda referencia al control de constitucionalidad material de la ley, lo que en modo alguno ha de entenderse en el sentido de que la cuestión fuera ignorada o suscitara indiferencia. Bien al contrario, a un intenso debate doctrinal en torno a los fundamentos de dicho control (6) se unió la que Sontheimer (7) denominara «la lucha para el control jurisdiccional de las leyes» («*der Kampf um das richterliche Prüfungsrecht*»), con-

---

(5) ERNST BENDA, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit der Bundesrepublik Deutschland», en Christian STARCK y Albrecht WEBER (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1986, pp. 121 y ss.; en concreto, p. 124.

(6) Cfr. al respecto, Jean-Claude BÉGUIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, Economica, Paris, 1982, en particular, pp. 16-21.

(7) Kurt SONTHEIMER, *Antidemokratischen Denken in der Weimarer Republik*, München, 1968, p. 75. Cit. por Giuseppe VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi* (Studi sui modelli di giustizia costituzionale), Giuffrè, Milano, 1977, p. 100.

tienda que se libró con ocasión de la reivindicación jurisdiccional de la realización de un control material de la constitucionalidad de la ley, que venía posibilitado por el párrafo primero del artículo 109 de la Constitución, que establecía el principio de igualdad formal ante la ley («Todos los alemanes son iguales ante la ley»), en tanto en cuanto se consideró, que ese principio de igualdad no sólo había de ser interpretado en un mero sentido formal, sino también, y de modo primario, como un principio material que había de vincular al propio legislador. Así lo expondría Erich Kaufmann, entre otros varios, resumiendo la posición mayoritaria, en el III Congreso de la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Asociación de Profesores alemanes de Derecho público) celebrado en Münster entre el 29 y 30 de marzo de 1926, al interpretar que el principio de igualdad constitucionalizado por el artículo 109 imponía primariamente al legislador tratar de modo igual situaciones iguales en la realidad y de modo desigual situaciones diversas en la realidad, lo que, como es obvio, convertía dicho principio en un límite frente al posible arbitrio o discrecionalidad, podríamos decir que irrazonable, del legislador (8). Ello, desde luego, no significaba, ni en el caso de Kaufmann, ni en el de otros autores que defendían igual tesis, que se decantaran por las posiciones radicales de los movimientos jurídicos a los que de inmediato vamos a aludir. Y así, Kaufmann (9), no obstante su defensa de la facultad de revisión judicial, consideraría que el Juez debía mantenerse dentro del ámbito de su específica misión judicial, sin trastocar el orden existente entre juez y legislador, ni asumir funciones específicamente legislativas; su misión debía estribar simplemente en castigar la transgresión de ciertos límites extremos. No obstante la libertad de la actividad creadora del Juez, a pesar de la amplitud de

---

(8) Entre otros conocidos defensores de la misma tesis habría que mencionar a Heinrich Triepel, quien, como recuerda José Luis CARRO (en el «Prólogo» a la obra de Heinrich TRIEPEL, *Staatsrecht und Politik*, en su traducción española, *Derecho público y política*, Civitas, Madrid, 1974, p. 19), no sólo defendió la necesaria vinculación del legislador al principio de igualdad, sino, asimismo, el reconocimiento de un derecho de control judicial de las normas bajo el prisma de los derechos fundamentales, todo ello en el mismo III Congreso de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho público.

(9) Erich KAUFMANN, en las publicaciones (*Veröffentlichungen*) del Congreso de Münster, fasc. 3, p. 19. Cit. por Carl SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, 1931. Manejamos la versión española, *La defensa de la Constitución*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid, 1983, p. 54, nota 19.

su arbitrio y de la existencia de determinados conceptos imprecisos o indeterminados, el Juez debía seguir manteniéndose sujeto a la ley. No se defendería otro tanto por los seguidores de ciertos movimientos o escuelas jurídicas a las que pasamos a referirnos.

Si se nos permite el *excursus*, quizá convenga recordar que en la Alemania de fines del siglo XIX y primeros lustros del XX, habían arraigado algunos sectores doctrinales que defendían la peligrosa pretensión de reconocer a los Jueces la facultad de inaplicar la ley en nombre de valores sustancialmente extraños al ordenamiento jurídico. Tal sería el caso de la «Escuela libre del Derecho» (*Freirechtsbewegung*), movimiento cuyo inicio se suele hacer coincidir con la publicación en 1885 de la obra de Oskar von Bülow, *Gesetz und Richteramt* («La Ley y la Magistratura»), o también de la teoría de la «comunidad del pueblo» (*Volksgemeinschaft*), deudora en el plano jurídico de la concepción romántica del «espíritu del pueblo» (*Volksgeist*), que concibe el Derecho como una forma de vida de la colectividad popular, como el auténtico y esencial ordenamiento del pueblo.

En este ámbito de pensamiento, el Estado de Derecho pasaba a concebirse como Estado sujeto al Derecho, que no a la ley, circunstancia a la que se anudaba, como una inexcusable consecuencia, la sustitución del principio de legalidad (*Gesetz-mässigkeit*) por el de juridicidad (*Rechtsmässigkeit*). El principio de corte positivista de que el Derecho era el producto propio y exclusivo del legislador quedaba de esta forma absolutamente relativizado, si es que no degradado.

No debe extrañar por lo que acaba de exponerse, que en el Congreso de Münster de 1926, todos los teóricos encuadrados en la *Volksgemeinschaft* postularan el fin de la soberanía de la ley. Como recuerda Volpe (10), el principio de igualdad ante la ley era sustituido por el principio de igualdad ante Dios. De esta forma, la vertiente material del principio de igualdad se iba a instrumentalizar por estos sectores doctrinales como un mecanismo de rango constitucional

---

(10) Giuseppe VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, *op. cit.*, pp. 103-104.

que propiciaba la transfusión a las normas legislativas del «espíritu del pueblo», correspondiendo a los operadores jurídicos, y de modo muy particular a los Jueces, la tarea de decidir si las valoraciones realizadas por el legislador en relación con el principio de igualdad encontraban su correspondencia en la «naturaleza de las cosas» («Natur der Sache») y resultaban justas en cuanto acordes a un orden superior de valores sentido por la conciencia popular, que remitía a conceptos tan amplios e indeterminados como el bien o la verdad.

Poco tiempo antes del Congreso de Münster, el *Reichsgericht*, en una célebre Sentencia de su 5.<sup>a</sup> Cámara Civil, de 4 de noviembre de 1925, se iba a plantear formalmente la cuestión del control de la constitucionalidad material de la ley, resolviendo que la sumisión del Juez a la ley no excluía que el propio Juez rechazara la validez de una ley del *Reich* o de algunas de sus disposiciones, en la medida en que las mismas se opusieran a otras disposiciones que hubieren de considerarse preeminentes, debiendo, por ello mismo, ser observadas por el Juez. Quedaba reconocido así un derecho de control judicial que Carl Schmitt caracterizaría (11) como un control «accesorio» que constituye una competencia ocasional, ejercitándose tan sólo de modo eventual, *incidenter*, en una sentencia judicial y conforme a las posibilidades de cada Juez, es decir, en forma «difusa», término que Schmitt, con notable fortuna, propondría para designar la categoría opuesta al control «concentrado» en una sola instancia. Ello no obstante, el propio autor se cuidaría de matizar, que el derecho de control judicial ejercitado por el Tribunal Supremo del *Reich* en la antes citada sentencia, así como el llevado a cabo, en forma análoga, por otros Tribunales Supremos (como sería el caso del Tribunal Supremo de Hacienda o del Alto Tribunal Contencioso-Administrativo de Prusia) tenía una importancia muy moderada si se le comparaba con el derecho de control de la *Supreme Court*. Y ello, en último término, por cuanto, siempre según Schmitt (12), sólo en un «Estado judicialista», que someta la vida pública entera al control de los Tribunales ordinarios, el derecho de control judicial, *per se*, puede servir de base a un protector de la Constitución, cuando por tal Constitución se entiendan preferentemente los derechos fundamen-

---

(11) Carl SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, op. cit., p. 52.

(12) *Ibidem*, pp. 46 y ss.

tales cívico-políticos, la libertad personal y la libertad privada, que han de ser protegidos por los Tribunales ordinarios frente al Estado, es decir, frente a la legislación, frente al Gobierno y frente a los organismos administrativos. Como es evidente, el posicionamiento schmittiano encontraba su más plena razón de ser en el marco global de su bien conocida concepción sobre el «guardián de la Constitución» (*der Hüter der Verfassung*).

II. La Constitución austriaca de 1920 iba a consagrar un nuevo sistema de control de constitucionalidad que iba a ser por entero deudor de la concepción de Kelsen. El gran jurista de la Escuela de Viena se situaba en una posición radicalmente antagónica a la sustentada por los teóricos de la *Volksgemeinschaft*. Su postura quedaba nítidamente expuesta en el Congreso de Münster anteriormente mencionado, al replicar a Kaufmann que él era positivista, siempre y pese a todo positivista. Kelsen sería muy claro al advertir de los peligros a que conducía el romanticismo jurídico asentado en una función de intuición sentimental del espíritu jurídico de la comunidad popular: al triunfo del subjetivismo más radical. Más aún, Kelsen, siempre en el Congreso de 1926, se refería a las tendencias doctrinales que rechazaban que el Juez hubiera de limitarse a aplicar la ley a través de meras operaciones lógico-silogísticas, conectando tales tendencias con las posiciones más hiper-conservadoras, cuando no, lisa y llanamente, por entero ajenas al marco democrático. De esta forma, Kelsen vinculará «la clara tendencia a disminuir el valor y la función de la autoridad legislativa positiva» con «el cambio en la estructura política del órgano legislativo», o lo que es lo mismo, con el cambio en las mayorías políticas dominantes en el mismo, constatando al respecto, que «el orden judicial ha permanecido casi insensible a los cambios en la estructura política que se manifiestan en la composición de los Parlamentos» (13).

La preocupación que se manifiesta en las anteriores reflexiones de Kelsen sería compartida pocos años después por Heller, quien

---

(13) Cfr. al efecto, Adriano GIOVANNELLI, «Alcune considerazioni sul modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana nel contesto del dibattito sulla funzione "politica" della Corte Costituzionale», en *Scritti su la Giustizia Costituzionale (In onore di Vezio Crisafulli)*, vol. I, CEDAM, Padova, 1985, pp. 381 y ss.; en concreto, p. 395.

en su trabajo *Rechtsstaat oder Diktatur?* argumentaba (14), que era revelador que cuando tras la Revolución de 1918 podía parecer amenazada, por el principio de igualdad consagrado por el artículo 109, la dominación de la burguesía, hubiera juristas conservadores inclinados a ver en este principio una interdicción de la arbitrariedad con destino al legislador, y que frente a ellos, precisamente se aferraran a la antigua interpretación los juristas democrático-burgueses. En la jurisprudencia conservadora, la eminente significación política de este cambio de perspectiva se podía entender tan sólo en relación con el formidable aumento de poder político obtenido en Alemania merced a la decisión del *Reichsgericht* de 4 de noviembre de 1925, que Heller considerará, sin duda, jurídicamente errónea. Como quiera que los Jueces —sigue argumentando Heller— procedentes en una mayoría aplastante de las clases dominantes, entran a juzgar de la correspondencia de las leyes con el principio de igualdad, la burguesía habrá logrado por el momento asegurarse eficazmente frente al riesgo de que el poder legislativo popular transforme en social el Estado de Derecho liberal, pues lo que haya de valer como igual o desigual se define esencialmente según las concepciones axiológicas, divergentes desde las perspectivas no sólo histórica y nacional sino también social, de quienes están llamados a juzgar. En definitiva, la interpretación del principio de igualdad como límite y medio de control jurisdiccional frente a la libre capacidad decisoria del poder legislativo fue concebida por los sectores más conservadores, incluso antidemocráticos de la doctrina jurídica alemana.

De lo que se acaba de exponer se desprende con relativa nitidez, que al delinear su teoría de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, que presupone que el Tribunal Constitucional se limite a confrontar en abstracto dos normas jurídicas, dilucidando su compatibilidad o contradicción por medio de operaciones lógico-silogísticas, Kelsen estaba rechazando el subjetivismo radical implícito en las teorías jurídicas de la «Escuela libre del Derecho» y de la «comunidad del pueblo» y reivindicando la búsqueda de la objetividad y de la racionalidad perdidas en amplios

---

(14) Herman HELLER, «Rechtsstaat oder Diktatur?», en *Die Neue Rundschau*, Fischer Verlag, Berlin, 1929. Manejamos la traducción española, «¿Estado de Derecho o Dictadura?», en *Escritos políticos* (Prólogo y selección de Antonio LÓPEZ PINA), Alianza Editorial, Madrid, 1985, pp. 283 y ss.; en concreto, pp. 288-289.

sectores jurídicos y judiciales de la Alemania de Weimar. A su vez, al sustraer a los órganos jurisdiccionales el control de constitucionalidad de las leyes y normas generales, el gran jurista vienés pretendía evitar el riesgo de un «gobierno de los jueces», peligro sentido por amplios sectores de la doctrina europea de la época, como mostraba el clásico libro de Lambert (15), en cuanto que tal dirección se vinculaba, como Heller, como antes vimos, dejaba en claro, con las posiciones más conservadoras cuando no, lisa y llanamente, antidemocráticas.

No parece, por lo demás, que Kelsen tuviera muy presente, ni tan siquiera desde una perspectiva dialéctica, el modelo norteamericano de la *judicial review*. Las evidencias conducen a pensar que el gran jurista vienés tuvo fundamentalmente en su cabeza tanto el modelo constitucional suizo como el propio ejemplo del Tribunal del Imperio. En esta misma dirección, von Beyme pudo afirmar (16), que «Kelsen built on the tradition of the Imperial Court, which he developed further into a genuine constitutional court» (17).

El propio Kelsen admitiría de modo expreso (18) que, aunque con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución austriaca

---

(15) Edouard LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis* (L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois), Marcel Giard & Cie., Paris, 1921. En versión italiana, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti* (L'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi), a cura di Roberto D'Orazio, Giuffrè Editore, Milano, 1996.

(16) Klaus von BEYME, «The Genesis of Constitutional Review in Parliamentary Systems», en Christine LANDFRIED (ed.), *Constitutional Review and Legislation (An International Comparison)*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988, pp. 21 y ss.; en concreto, p. 29.

(17) A mayor abundamiento, el propio von Beyme (*ibidem*, p. 29) recuerda que «in the commentaries on Kelsen's Collection of Austrian Constitutional Laws, it is even stated explicitly: "In all the drafts, the Swiss Constitution served as an example, alongside the Imperial German one"». [Hans KELSEN (ed.), *Die Verfassungsgesetze der Republik Oesterreich*, Teil 5, Deuticke, Wien, 1922, p. 55].

(18) Hans KELSEN, «Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution», en *The Journal of Politics*, vol. 4, No. 2, May, 1942, pp. 183 y ss.; en concreto, pp. 185-186. En versión española, con traducción de Domingo García Belaunde, «El control de la constitucionalidad de las leyes», en *Ius et Veritas* (Revista de la Facultad de Derecho de la PUC del Perú), Lima, Junio de 1993, pp. 81 y ss. En versión francesa, con traducción de Louis Favoreu, «Le contrôle de constitutionnalité

de 1920, los Tribunales austriacos tenían la facultad de apreciar la legalidad y constitucionalidad de los reglamentos, limitándose, por el contrario, en lo que al control de constitucionalidad de las leyes se refería, al estrecho marco o límite de verificar su correcta publicación, y una de las metas de la Constitución de 1920 era la ampliación del control de constitucionalidad de las leyes, no se consideró, sin embargo, aconsejable conceder a cada Tribunal el poder ilimitado de apreciar la constitucionalidad de las leyes. El peligro de la falta de uniformidad en cuestiones constitucionales era, a juicio del gran jurista vienés, demasiado grande («the danger of non-uniformity in constitutional questions was too great»), y tal peligro no podía combatirse en Austria, un país con un sistema jurídico de *civil law*, por intermedio de la regla del *stare decisis*, característica de los países de *common law*. Y como trasfondo de ese peligro, se hallaban las ya mencionadas tendencias antidemocráticas de determinados sectores judiciales del mundo cultural alemán.

Aún habría de añadirse algo más. El monopolio que el Tribunal Constitucional asumía en relación con el control de constitucionalidad de las leyes y, por encima de ello, la peculiar naturaleza de «legislador negativo» con que Kelsen concibió tal órgano, no sólo pretendía mostrar la complementariedad que respecto del poder legislativo estaba llamado a asumir el Tribunal Constitucional, sino que, más allá de ello, tal concepción revelaba bien a las claras que el modelo de control diseñado por Kelsen no se hallaba animado por una actitud de desconfianza frente al Parlamento sino, muy al contrario, por un deseo de reforzarlo, protegiéndolo frente a los Jueces (19). No debe olvidarse además, la existencia de un sustrato de conflictividad entre el Parlamento y los Jueces durante la época de Weimar, ya de algún modo aludido. De ahí que, como señala Volpe (20), la construcción normativista kelseniana también esté regida por la finalidad de lograr superar el conflicto existente entre legislativo y judicial.

---

des lois. Une étude comparative des Constitutions autrichienne et américaine», en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, num. 1, 1990, pp. 17 y ss.

(19) Adriano GIOVANNELLI, «Alcune considerazioni sul modello...», *op. cit.*, p. 395.

(20) Giuseppe VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, *op. cit.*, p. 138.

Al entender Kelsen que la anulación de una ley no podía consistir en su mera desaplicación al caso concreto, como acontecía en la *judicial review* norteamericana («annuler une loi —dirá Kelsen(21)— c'est poser une norme générale»), por cuanto la anulación tenía el mismo carácter de generalidad que su promulgación(22), estaba convirtiendo al Tribunal Constitucional en un órgano del poder legislativo, en un *negativ Gesetzgeber*. «Aufhebung von Gesetzen —razona Kelsen(23)— ist somit selbst Gesetzgebungsfunktion und ein gesetzaufhebendes Gericht: selbst Organ der gesetzgebenden Gewalt» (La anulación de las leyes es por lo tanto la misma función legislativa, y un Tribunal que anula la ley, un propio órgano del poder legislativo). Ese legislador negativo estaba llamado ciertamente a colaborar, por decirlo quizá de modo impropio, con dicho poder, esto es, con el poder legislativo, al venir a reafirmar tal órgano el principio de sujeción de los Jueces a la ley sin fisura alguna, lo que, ciertamente, suponía un refuerzo del órgano parlamentario frente al poder judicial. Por lo demás, de esta caracterización del Tribunal como «legislador negativo» derivarán las más acusadas diferencias entre los dos modelos de justicia constitucional, el norteamericano y el europeo-kelseniano.

En resumen, las divergencias entre ambos modelos de control de constitucionalidad dimanaban de unos presupuestos histórico-políticos e ideológicos contrapuestos, que constituyen la última y

---

(21) Hans KELSEN, «La garantie juridictionnelle de la Constitution» (La Justice constitutionnelle), en *Revue du Droit Public*, tome quarante-cinquième, 1928, pp. 197 y ss.; en concreto, p. 200. En versión española, «La garantía jurisdiccional de la Constitución» (La Justicia Constitucional), nota preliminar y revisión de la traducción de Domingo García Belaunde, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (AIBJC)*, núm. 15, 2011, pp. 249 y ss.

(22) «Denn die Aufhebung eines Gesetzes — escribe Kelsen en uno de sus trabajos más emblemáticos— hat den gleichen generellen Charakter wie die Erlassung eines Gesetzes. Aufhebung ist ja nur Erlassung mit einem negativen Vorzeichen gleichsam» (Porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter general que la promulgación de una ley. La anulación es, en efecto, sólo una promulgación con un signo en cierto modo negativo). Hans KELSEN, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», en *Veröffentlichen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, 5. Heft, 1929, pp. 30 y ss.; en concreto, p. 54.

(23) Hans KELSEN, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», *op. cit.*, p. 54.

más profunda *ratio* de su bipolaridad. Volpe lo ha expuesto con meridiana claridad (24). El sistema norteamericano halla su razón de ser en la voluntad de establecer la supremacía del poder judicial sobre los restantes poderes, particularmente sobre el legislativo, lo que constituye un acto de confianza en los Jueces, no encuadrados en una carrera burocrática y, al menos a nivel de los Estados, de elección popular en su mayor parte, a la par que de desconfianza en el legislador, desconfianza fraguada en los momentos iniciales de la vida constitucional de los Estados, de resultados de los abusos llevados a cabo por las legislaturas estatales. La *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana representa, por el contrario, un acto de desconfianza en los Jueces, encaminado a salvaguardar el principio de seguridad jurídica y a restablecer la supremacía del Parlamento, puesta en serio peligro por la batalla iniciada por amplios sectores del mundo jurídico en favor del control jurisdiccional (difuso) de las leyes, lo que entrañaba dejar en manos de una casta judicial, burocrática, en amplia medida de extracción aristocrática y vocación autoritaria, un instrumento de extraordinaria relevancia en la vida de un Estado de Derecho. Cuando tras la Segunda Guerra Mundial esos presupuestos histórico-políticos se desmoronen, como vamos a ver de inmediato, habrá perdido gran parte de su razón de ser el fin que Kelsen pretendió con el diseño de su modelo de justicia constitucional.

### 3. LA CENTRALIDAD DEL MODELO CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANO EN LA SEGUNDA POSGUERRA Y EL PROTAGONISMO DEL PODER JUDICIAL

I. Tras la Segunda Guerra Mundial, la centralidad que el modelo norteamericano va a ocupar en el diseño de las primeras Constituciones de la posguerra europea no es casual, sino que va a responder a unas concretas circunstancias históricas, que mucho tienen que ver con el hecho de que en Alemania e Italia resultara ser el legislador la principal amenaza para las libertades durante un crucial período histórico. Ello condujo a los constituyentes europeos a poner la vista en la Constitución norteamericana, visionada, como la percibiera

---

(24) Cfr. al efecto, Giuseppe VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, *op. cit.*, pp. 157 y ss.

Corwin en un trabajo clásico (25), como *the higher law*, como la ley superior, como un complejo normativo de igual naturaleza que la ley pero con una eficacia capaz de desencadenar la invalidez de aquellas normas contrarias a la constitucional. Y ello tanto por su legitimidad de origen popular (Corwin hablará de «an entirely new sort of validity, the validity of a statute emanating from the sovereign people») como por su propio contenido material (Corwin se referiría a cómo en un primer momento la supremacía constitucional tenía que ver con el contenido de la Constitución, pues en ella hay «certain principles of right and justice which are entitled to prevail of their own intrinsic excellence»). Corwin terminaría considerando la idea de la *higher law* como la más fructífera creación jurídica desde Justiniano.

Esta concepción de la Constitución como *lex superior* conducía a un gobierno limitado, que Alexander Hamilton (que habla de «a limited constitution»), en el núm. LXXVIII de *The Federalist Papers* caracterizaría magistralmente (26), en el que el legislativo, y no sólo él, está sujeto y condicionado por las previsiones constitucionales, y todo ello garantizado a través del control de constitucionalidad de la ley. Este diseño se antojaba especialmente útil para evitar y, en su caso, enfrentar los abusos del legislativo, que tan desastrosas consecuencias habían producido en los años anteriores a la guerra.

En este contexto no ha de extrañar la sugestión que el modelo americano de la *judicial review* iba a ejercer. Zagrebelsky (27) ha

---

(25) Edward S. CORWIN, «The "Higher Law" Background of American Constitutional Law», en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, vol. XLII, No. 2, December, 1928, pp. 149 y ss., y pp. 365 y ss.; en concreto, pp. 409 y 152, respectivamente. Publicado igualmente, con el mismo título, por Great Seal Books (A Division of Cornell University Press), 5th printing, Ithaca, New York, 1963.

(26) «By a limited constitution — escribe Hamilton en el núm. 78 del *Federalist*— I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority», para añadir casi inmediatamente después que «(l)imitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of the courts of justice; whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the constitution void». Alexander HAMILTON, James MADISON y John JAY, *The Federalist or, the New Constitution*, edited by Max Beloff, Basil Blackwell, Oxford (Great Britain), 1948, p. 397. En edición española, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, 1.<sup>a</sup> reimpresión de la 2.<sup>a</sup> edición, México, 1974.

(27) Gustavo ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 321.

recordado cómo en Italia el atractivo ejercido por el Tribunal Supremo norteamericano fue casi un lugar común del antifascismo liberal y democrático, siendo tal modelo referencia obligada y reiterada en las discusiones constituyentes sobre el sistema de justicia constitucional a adoptar. Sin embargo, lo cierto es que tanto en Italia como en Alemania pareció optarse por el modelo austriaco-kelseniano, opción que, como ha señalado García de Enterría (28), fue tributaria de la dificultad de acoger el sistema americano originario, lleno de convenciones, prácticas y sobreentendidos, como producto vivo de una historia perfectamente singular y propia. Dicho esto, existe una cierta convergencia doctrinal entre la mejor doctrina acerca de que en el acercamiento entre los dos grandes sistemas de justicia constitucional es el sistema americano el que se iba a presentar con una posición verdaderamente central, no entrañando el modelo concentrado europeo-kelseniano, según Pizzorusso (29), más que modificaciones estructurales respecto de aquél. Y García de Enterría, de modo rotundo, sostiene (30), que no se acoge el modelo kelseniano del «legislador negativo», sino el americano de jurisdicción. Desde luego, en la *Bonner Grundgesetz* no deja de ser significativo que el Tribunal Constitucional encabece la lista de órganos integrantes del Poder Judicial en la norma de apertura (art. 92) del capítulo noveno, dedicado a la Jurisdicción (*Die Rechtsprechung*).

La estructura por la que finalmente se opta, la de una jurisdicción concentrada, no dejará de tener consecuencias procesales importantes, como el diseño de una acción directa de inconstitucionalidad o los efectos *erga omnes* de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de una norma legal, que si bien pueden ser considerados como el trasunto de la concepción kelseniana del Tribunal como «legislador negativo», en algún caso, como los efectos *erga omnes*, vienen exigidos por la necesidad de articular el monopolio de re-

---

(28) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 133-134.

(29) Alessandro PIZZORUSSO, «I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi», en *Quaderni Costituzionali*, Anno II, núm. 3, Dicembre 1982, pp. 521 y ss.; en concreto, p. 527.

(30) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma...*, *op. cit.*, p. 134.

chazo de que dispone el Tribunal Constitucional con su necesaria relación con los demás órganos jurisdiccionales.

II. El constitucionalismo europeo de la segunda posguerra va a entrañar una extraordinaria revalorización del rol desempeñado por el poder judicial. Ciertamente, a diferencia del sistema americano, la sujeción a la ley seguirá siendo un principio indiscutible, pues a los jueces alemanes o italianos (éstos después de 1956, año en que iniciaría su andadura la *Corte Costituzionale*) no les cabe inaplicar una ley cuando la consideren contraria a la Constitución, pero ello no obstará para que la función constitucional de los jueces se vea notabilísimamente potenciada.

La magistratura, dirá Heyde (31) refiriéndose a la República Federal Alemana, va a gozar de una posición de excelencia en el Estado libre de Derecho que ha querido la *Grundgesetz*, y en sintonía con ello, frente a los criterios exclusivamente formales del artículo 103 de la Constitución de Weimar, el artículo 92 de la Carta de Bonn contiene un plus de garantías constitucionales del poder judicial. Ello va a tener mucho que ver con la cláusula de protección jurisdiccional del artículo 19.4 GG, a tenor de cuyo inciso primero, «si alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales». Los órganos del poder judicial se convierten de este modo en los garantes de los derechos, o por lo menos en los garantes ordinarios, pues a ellos se sumará, primero por la vía de las previsiones legales, y desde 1968 por determinación de la misma Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional, por intermedio del instituto procesal del *Verfassungsbeschwerde* o recurso de queja constitucional.

También en Italia el nuevo contexto histórico se traducirá en una renovada visión del poder judicial. A ella se referiría Mortati (32), que la sustenta, de un lado, en la naturaleza sustantiva de la interpretación judicial, resultante del elemento de creatividad en ella im-

---

(31) Wolfgang HEYDE, «La Jurisdicción», en *Manual de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pp. 767 y ss.; en concreto, pp. 769 y 772.

(32) Costantino MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, t. II, 9.<sup>a</sup> ed., CEDAM, Padova, 1976, pp. 1248-1250.

plicado, y de otro, en la inexcusable sujeción al control de legalidad ejercido por los órganos jurisdiccionales de todos los actos de los poderes públicos, aun cuando el propio autor precise que esta expansión de las intervenciones del poder judicial ni ha alterado de modo sustancial la naturaleza de su función, la conservación del orden jurídico establecido, ni ha conducido a un «Estado de jurisdicción». Con una mayor introspección quizá, Martines pondría de relieve (33), que aunque no existe una función de dirección política (*indirizzo politico*) por parte de los jueces (o de la magistratura), sí puede hablarse de los jueces como operadores políticos (*operatori politici*), en cuanto institucionalmente llamados a incidir sobre la realidad social, en el bien entendido de que esta cualidad de «operador político» tiene como última razón de ser la exclusión en la función jurisdiccional que ejerce el juez de la simple tarea «di meccanico formulatore di sillogismi giudiziari» que la filosofía positivista venía atribuyendo a los jueces, no queriendo en modo alguno significar la conversión del poder judicial en un instrumento activo del proceso político.

En definitiva, los casos alemán e italiano ejemplifican lo acontecido en el constitucionalismo de la segunda posguerra, que ha revitalizado al poder judicial hasta convertirlo en una de las piezas centrales del Estado de Derecho. A los jueces corresponde, con carácter ordinario, la tutela de los derechos, pudiendo aplicar de modo inmediato y directo la Constitución, como norma limitadora que es de la actuación de los poderes públicos. Aun cuando les está vedada la inaplicación de las normas legales que, con ocasión de su aplicación en una *litis* de la que estén conociendo, interpreten contrarias a la Constitución, pueden, sin embargo, tras el pertinente juicio de constitucionalidad que el propio juez ha de llevar a cabo, paralizar el litigio antes de dictar sentencia y plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que, de este modo, pierde el monopolio del control de constitucionalidad, residenciándose en él tan sólo el monopolio de rechazo. Pero además, en ciertos países, como es el caso de España, son los jueces los que asumen el control de constitucionalidad de las normas reglamentarias, lo que llevan a cabo con ocasión del control de legalidad. Y tampoco

---

(33) Temistocle MARTINES, *Diritto Costituzionale*, 8.<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 1994, p. 522.

cabe olvidar que en Alemania han sido los jueces ordinarios quienes han controlado la constitucionalidad de las leyes preconstitucionales. Y en Italia, hasta tanto entró en funcionamiento la *Corte Costituzionale*, en 1956, existió de hecho un control difuso de la constitucionalidad que se encomendó, innecesario es decirlo, a los jueces.

En resumen, los hechos históricos inmediatamente posteriores a 1945 iban a trastocar de modo radical la situación existente durante la República de Weimar. El recelo frente a los jueces iba a dar paso a su fortalecimiento y decisivo protagonismo en el Estado de Derecho, mientras que la confianza histórica en el legislador, por mor de los acontecimientos previos a la guerra, se iba a mutar una cierta desconfianza, que se manifiesta en el empeño en asegurar su sujeción a la Constitución, una Constitución presidida por un orden axiológico, cuyo último fundamento de validez, como dijera Bachof (34), se encuentra en los valores determinantes de la cultura occidental, que vincula directamente a todos los poderes del Estado, y que encuentra su más específica traducción en los derechos fundamentales, y cuya enérgica pretensión de validez constituye una de sus premisas más significativas. En este contexto, las razones que movieron a Kelsen a diseñar su modelo de justicia constitucional habían perdido gran parte de su razón de ser.

#### 4. LA PROGRESIVA PÉRDIDA DE SENTIDO DE LA VISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO «LEGISLADOR NEGATIVO»

I. Uno de los rasgos de mayor relieve que emerge de las experiencias de la justicia constitucional de la segunda posguerra consiste en la demostración de la aptitud de los pronunciamientos de los Tribunales Constitucionales, en su cotejo de las normas vigentes sujetas a su fiscalización, para desarrollar un rol normativo no sólo negativo, en la estela kelseniana, sino también positivo. Ello no sólo representa una notabilísima novedad, sino que aproxima

---

(34) Otto BACHOF, *Grundgesetz und Richtermacht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1959. Manejamos la versión española, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 39-40.

el modelo supuestamente kelseniano al norteamericano. En él, los pronunciamientos judiciales, en particular los de la *Supreme Court*, constituyen precedentes que, en virtud de la regla *stare decisis*, son susceptibles de tener una cierta eficacia persuasiva, pudiendo en cuanto tales asumir el carácter de fuente del Derecho, bien que, como apostilla Pizzorusso (35), sólo en la misma medida en que pudiera asumir tal carácter cualquier decisión jurisprudencial conformadora del *common law*.

Es claro que la función primigenia del juez constitucional es la salvaguarda del principio de constitucionalidad, esto es, de la supremacía normativa de la Constitución, a cuyo efecto le corresponde la depuración del ordenamiento jurídico, lo que lleva a cabo mediante la expulsión del mismo de todas aquellas disposiciones legales que considere contrarias a la Constitución. El monopolio de rechazo de que dispone el Tribunal Constitucional, como antes se dijo, hace necesario el revestimiento de la sentencia constitucional de efectos *erga omnes*, sean explicitados en esos mismos términos o a través del recurso a la fórmula alemana del artículo 31.2 de su propia ley (*BVerfGG*), que en ciertos supuestos atribuye a las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal «fuerza de ley» (*Gesetzeskraft*).

Pero no encierra menos claridad, que otra trascendental función de los Tribunales Constitucionales, acorde con su rol de «intérpetes supremos de la Constitución», es la interpretación vinculante para todos los poderes públicos (particularísimamente, para los aplicadores del Derecho, jueces y tribunales) de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico en conformidad con la misma, un texto, no se olvide, dotado de fuerza normativa, que requiere de modo inexcusable de un órgano que, con carácter vinculante, interprete sus postulados, muchos de ellos de carácter abierto y muy general, pues, como en un afortunado símil dijera Treves (36), «la Costituzione è come una carta geografica, sulla quale sono tracciati gli elementi essenziali del territorio; spetta alla Corte fissarne i dettagli topografici».

---

(35) Alessandro PIZZORUSSO, «I sistemi di giustizia costituzionale...», *op. cit.*, p. 522.

(36) Giuseppino TREVES, «Il valore del precedente nella Giustizia costituzionale italiana», en *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di Giuseppino Treves, UTET, Torino, 1971, pp. 3 y ss.; en concreto, p. 4.

Al Tribunal Constitucional corresponde, allí donde existe, independientemente de que se le reconozca o no de modo específico por el ordenamiento jurídico, el rol de intérprete supremo de la Constitución, y en cuanto que la Constitución tiene una intrínseca pretensión de vivencia, esto es, de acomodo al devenir social, acorde con el carácter fluido y dinámico de toda sociedad, ese intérprete supremo ha de asumir la tarea de vivificar la Constitución, de convertirla en *a living Constitution*, lo que otorga una enorme trascendencia a su función hermenéutica (37).

La propia primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, su visualización como *vorrangiger Kontext* (contexto superior), por utilizar la expresión de Haak (38), y su configuración como núcleo vertebrador del ordenamiento, al que otorga su unidad material, exigen que la totalidad de las normas jurídicas se interpreten de conformidad con la Constitución. Se perfila así el principio de interpretación conforme, de notable trascendencia en lo que ahora interesa, acogido desde antaño por la *Supreme Court*, que ha podido afirmar que, «if the statute is reasonably susceptible of two interpretations, by one of which it be unconstitutional and by other valid, is our plain duty to adopt that construction which will save the statute from constitutional infirmity».

Se admite de modo generalizado que el principio de interpretación conforme se vincula estrechamente con el principio de conservación de la norma. El *BVerfG* —escribió Bachof hace medio siglo (39)— valora el principio («Grundsatz») de continuidad jurídica de las leyes («der Rechtsbeständigkeit der Gesetze») como un

---

(37) Ello explica que Vigoriti haya escrito, en referencia a la *Corte Costituzionale*, que: «In its place must come recognition that constitutional judges are the masters, not the servants, of a living constitution». Vincenzo VIGORITI, «Italy: The Constitutional Court», en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 20, 1972, pp. 404 y ss.; en concreto, p. 414.

(38) Volker HAAK, *Normenkontrolle und Verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1963, p. 304.

(39) Otto BACHOF, «Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik», en *Summum Ius Summa Iniuria* (Ringvorlesung gehalten von Mitgliedern der Tübinger Juristenfakultät im Rahmen des Dies academicus. Wintersemester 1962/63), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1963, pp. 41 y ss.; en concreto, p. 48.

principio jurídico de considerable peso («Als einen Rechtsgrundsatz von so erheblichem Gewicht»). Con ello se trata, además, de compatibilizar la primacía de la Constitución con la salvaguarda, allí hasta donde sea posible, de la voluntad del legislador.

El *horror vacui* del juez constitucional se ha traducido en la voluntad de éste de compaginar la provocación de una suerte de *big bang* de los valores constitucionales, facilitando su penetración en todas las ramas del ordenamiento jurídico, con el soslayamiento de la creación simultánea de «agujeros negros» en el ordenamiento jurídico (40). Ello ha propiciado la multiplicación de las llamadas «sentencias interpretativas», que, como pusiera de relieve Crisafulli (41), «sono nate da un'esigenza pratica, e non da astratte elucubrazioni teoriche». Y esa exigencia práctica es, precisamente, la de evitar vacíos (*vuoti*) en el ordenamiento. Si a ello se añade la aplicación del principio de conservación de los actos jurídicos, al que acabamos de referirnos precedentemente, que a su vez casa a la perfección con el de seguridad jurídica, y el hecho de que algunos Tribunales Constitucionales han utilizado este tipo de sentencias para tratar de dar una doble interacción interpretativa a las normas constitucionales y a las legislativas, ensamblándolas de modo dinámico (42), se puede comprender la gran expansión que este tipo de decisiones ha tenido.

II. La interpretación por el juez constitucional no sólo de la Constitución sino también del resto del ordenamiento jurídico, a fin de «conformarlo» a la Norma suprema, se traduce en la creación de una jurisprudencia vinculante que, ya antes lo señalábamos, ha venido a suponer una notable disminución de la distancia que antaño

---

(40) Thierry DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions «interprétatives» en France et en Italie*, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris, 1997, p. 74.

(41) Vezio CRISAFULLI, «La Corte Costituzionale ha vent'anni», en *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XXI, 1976, Fasc. 10, pp. 1694 y ss.; en concreto, p. 1703.

(42) Silvestri, refiriéndose a la *Corte Costituzionale*, de la que por cierto es *Giudice* desde hace unos años, recuerda que con este tipo de sentencias se ha propiciado una doble interacción hermenéutica: de la norma constitucional sobre la disposición legislativa y de la evolución de las condiciones socio-culturales (reflejadas, aunque sólo sea en parte, en la legislación) sobre las mismas disposiciones constitucionales. Gaetano SILVESTRI, «Le sentenze normative della Corte Costituzionale», en *Scritti su la Giustizia Costituzionale (In onore di Vezio Crisafulli)*, CEDAM, Padova, 1985, vol. I, pp. 755 y ss.; en concreto, p. 757.

separaba la eficacia del precedente en Norteamérica, en virtud de la regla *stare decisis* y de la posición jerárquica superior de la *Supreme Court* (43), de la eficacia de los efectos *erga omnes* de las sentencias de los Tribunales Constitucionales.

Por atender al bien significativo ordenamiento jurídico alemán, el artículo 31.1 *BVerfGG* establece el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal para todos los órganos constitucionales del *Bund* y de los *Länder*, así como para todos los tribunales («alle Gerichte») y autoridades («und Behörden»). El sentido de esta eficacia vinculante (*Bindungswirkung*) es la extensión de la fuerza de cosa juzgada personal de las resoluciones («die Erstreckung der personellen Rechtskraft der Entscheidungen») frente a todos los órganos estatales («gegenüber allen staatlichen Organen»), eficacia vinculante ésta que también se extiende a la *ratio decidendi*, o si así se prefiere, a los *tragenden Gründe*, todo lo cual, según Weber (44), conduce a convertir al *BVerfG* no sólo en guardián de la Constitución («Hüter der Verfassung»), sino también en «intérprete determinante» («massgeblicher Interpret») de la misma. De este modo, si en el marco de una decisión de interpretación conforme, el *BVerfG* declara determinadas interpretaciones, posibles en sí mismas, disconformes con la Constitución, las restantes jurisdicciones no pueden deducir tales «posibilidades interpretativas» como conformes a la Constitución (45). Innecesaria-

---

(43) Esta vinculación de la interpretación llevada a cabo por la *Supreme Court* no ha dejado, sin embargo, de ser objeto de algunos cuestionamientos. Aunque las decisiones de la *Supreme Court*, generalmente, se consideran vinculantes para todos, incluyendo al Presidente y al Congreso, Rosenfeld recuerda que, periódicamente, ha habido impugnaciones recurrentes en relación a esta idea del carácter vinculante de tales decisiones. Michel ROSENFELD, «El juicio constitucional en Europa y los Estados Unidos: paradojas y contrastes», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 8, julio/diciembre de 2007, pp. 241 y ss.; en concreto, p. 247.

(44) Albrecht WEBER, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland», en Christian STARCK y Albrecht WEBER (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Teilband I (Berichte), 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 37 y ss.; en concreto, p. 61.

(45) En sentido análogo, quien fuera Presidente del *BVerfG*, Wolfgang ZEIDLER, en «Cour constitutionnelle fédérale allemande» (7ème Conférence des Cours constitutionnelles européennes), en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, III, 1987, pp. 37 y ss.; en concreto, p. 53.

rio es decir que todo ello redundaría en que el Tribunal Constitucional ya no sea tan sólo el «legislador negativo» que concibiera Kelsen, sino que haya pasado a ser, en bastantes ocasiones, un verdadero legislador positivo.

Pero es que, incluso en aquellas sentencias que parecen limitarse a expulsar una norma del ordenamiento jurídico por su contradicción con la Constitución, el rol del Tribunal Constitucional va más allá del de un mero «legislador negativo». Como dijera Leopoldo Elia, siendo Presidente de la *Corte Costituzionale*, la motivación de una decisión incluye, implícita o explícitamente, «condizioni di comportamento conforme a costituzione per il legislatore» (46). Aun cuando la sentencia pueda parecer, en sintonía con la doctrina kelseniana, tan sólo un *contrarius actus*, casi siempre es posible superar tal visión, «traendo condizionamenti impliciti o espliciti per la futura condotta del legislatore». Por lo mismo, y en referencia ya a España, bien creemos poder decir que la trascendencia de la doctrina constitucional sentada por nuestro Tribunal Constitucional desborda de lejos la que el Código Civil, con carácter general, atribuye (art. 1.6) a la jurisprudencia ordinaria, que viene a complementar el ordenamiento jurídico. No estamos, en el caso de la jurisprudencia constitucional, ante un mero complemento del ordenamiento jurídico, sino ante un componente que va a impregnar la totalidad de ese mismo ordenamiento, al acomodar su significado a la interpretación que de los principios y preceptos constitucionales va a llevar a cabo el juez constitucional. Pensemos que en nuestro país, al igual que en Alemania, también se admite de modo generalizado (aunque, por supuesto, haya quienes piensen lo contrario), que la eficacia vinculante no se circunscribe tan sólo al fallo, a la parte dispositiva de la sentencia, sino que se proyecta asimismo a la *ratio decidendi*, o lo que es igual, en los términos de Abraham (47), a «the essence, the vitals, the necessary legal or constitutional core of the decision».

---

(46) Leopoldo ELIA, «Il potere creativo delle Corti costituzionali», en *La Sentenza in Europa. Metodo, Tecnica e Stile* (Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà. Università degli Studi di Ferrara. Facoltà di Giurisprudenza), CEDAM, Padova, 1988, pp. 217 y ss.; en concreto, p. 224.

(47) Henry J. ABRAHAM, *The Judicial Process* (An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France), 7<sup>th</sup> edition, Oxford University Press, New York/Oxford, 1998, p. 245.

III. Al margen de cuanto se acaba de exponer, hemos de recordar, aunque no podamos entrar en ello (48), que los Tribunales Constitucionales europeos, o al menos buen número de ellos, al hilo de los mecanismos de fiscalización de la inconstitucionalidad por acción (aunque también por intermedio de los recursos constitucionales de tutela de los derechos fundamentales, como ejemplifica el *Verfassungsbeschwerde*), han creado de modo pretoriano una serie de técnicas decisorias más o menos originales a través de las cuales han posibilitado el control de las omisiones legislativas. No ha obstado a ello el hecho de que los recursos jurisdiccionales, en gran medida por la inercia de una tradición liberal todavía hoy bien presente en el Derecho procesal, sólo quepan frente a actos formales, con la obvia ignorancia subsecuente de las omisiones. Las dificultades del empeño no eran pocas, pues como constataba Trocker (49), refiriéndose a la justicia constitucional germano-federal, los mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes parecían estructurados de modo tal que no se comprendían aquellos casos en que el legislador hubiera violado no ya por acción, sino por omisión, la *Grundgesetz*. Ni el control normativo abstracto (*abstrakte Normenkontrolle*) ni el control normativo concreto (*konkrete Normenkontrolle*) parecían tener por objeto un comportamiento omisivo del legislador. Ello no impediría que el *BVerfG* pudiera conocer de las omisiones del legislador, particularmente de las «relativas», por utilizar la categorización de Wessel (50).

---

(48) Nos remitimos al respecto a un artículo de nuestra autoría. Cfr. Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 75, Tercer cuatrimestre 2008, pp. 7 y ss.

(49) Nicolò TROCKER, «Le omissioni del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà» (Studio comparativo sul diritto tedesco), en *Archivio Giuridico «Filippo Serafini»*, vol. CLXXVIII, Fascicoli 1-2, Gennaio/Aprile, 1970, pp. 88 y ss.; en concreto, pp. 106-107.

(50) Wessel, Juez del *BVerfG*, en 1952, muy poco después por tanto de que el Tribunal Constitucional Federal iniciara sus tareas, en un trabajo ya clásico, vino a sentar las bases de la más conocida y reiterada tipología de las omisiones legislativas. Wessel diferenciará entre las omisiones absolutas del legislador y las relativas. Las primeras («Absolutes Unterlassen des Gesetzgebers») son aquellas en las que hay una total falta de desarrollo por parte del legislador de una disposición constitucional, mientras que las omisiones relativas («relatives Unterlassen») presuponen una regulación parcial que, al omitir, por ejemplo, del goce de un derecho a determinados grupos de personas, vienen a entrañar una violación del principio de igualdad. Cfr. al efecto, WESSEL, «Die Rechts-

Posibilitada esta fiscalización en sede constitucional, la creatividad de algunos Tribunales Constitucionales, el alemán y el italiano de modo muy destacado, iba a hacer el resto. Una pluralidad de técnicas decisorias tanto por parte del *Bundesverfassungsgericht* como de la *Corte Costituzionale*, propiciarían una respuesta jurídica adecuada a los retos que planteaba el control de las omisiones legislativas. Y para ello, en muchos casos, ambos Tribunales iban a actuar como auténticos legisladores positivos. La técnica de la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad (*Unvereinbarkeitserklärung*) del Tribunal alemán lo ejemplifica paradigmáticamente, más aún si se tiene en cuenta que, «a posteriori», el legislador alemán, mediante la reforma de la Ley del Tribunal Constitucional (*BVerfGG*) de 1970, positivaría la creación llevada a cabo en sede jurisdiccional doce años antes. En Italia, las sentencias manipulativas constituyen asimismo un perfecto ejemplo de creación normativa. Piénsese sin más en los dos subtipos de tales decisiones que suelen diferenciarse: *sentenze additive* y *sentenze sostitutive*, o más recientemente, en las «sentencias aditivas de principios», e incluso, en cierto modo, en las *sentenze-monito*, en las que la *Corte Costituzionale* recurre a la técnica de dar avisos, sugerencias o advertencias (*monito*) al legislador.

La gran novedad a destacar de la justicia constitucional de la segunda posguerra, puesta de relieve de uno u otro modo por numerosos autores (51), es, pues, la de que los Tribunales Constitucionales no circunscriben su rol al de simples «legisladores negativos». El horror

---

prechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde», en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 67. Jahrgang, Heft 6, 15. März 1952, pp. 161 y ss.; en particular, p. 164.

(51) Pensemos en que ya Calamandrei, en los años cincuenta, se manifestaba en tal sentido, al poner de relieve que la *Corte Costituzionale*, si bien su consideración era aplicable a cualquier otro Tribunal Constitucional, lejos de circunscribir su función a la mera anulación de normas, desempeñaba una función positiva que se manifestaba en una doble vertiente: una acción de estímulo frente al legislador y una cooperación activa al *indirizzo politico*, resultante de que, más allá del efecto negativo, expreso en la parte dispositiva de la sentencia, de anulación de la ley contraria a la Constitución, las consideraciones efectuadas por la *Corte* en los fundamentos jurídicos de la sentencia tenían un significado positivo de cooperación activa al *indirizzo politico*. Piero CALAMANDREI, «Corte Costituzionale e autorità giudiziaria», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1956, I, pp. 7 y ss. Trabajo recogido en la obra del propio autor, que manejamos, *Studi sul processo civile*, vol. 6.º, CEDAM, Padova, 1957, pp. 210 y ss.; en concreto, p. 258.

a los vacíos normativos, el principio de conservación de la norma, en coherencia con las exigencias dimanantes del principio de seguridad jurídica, la conveniencia de evitar problemas mayores de los que se tratan de atajar con las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad, con la subsiguiente búsqueda de fórmulas más flexibles que la pura dicotomía validez/nulidad (52), la multiplicación del número de leyes, de lo que constituye buena muestra el fenómeno de las llamadas *leggine* en Italia, la reconocida naturaleza objetiva de los derechos, que exige su interpretación como un orden objetivo de valores, la enorme relevancia que ha asumido el principio de igualdad en su doble vertiente formal y material, y un dispar conjunto de razones estructurales que tienen bastante que ver con las nuevas exigencias del Estado de nuestro tiempo, y en particular, con los problemas redistributivos del Estado social, respecto a los cuales, como afirma Weber (53) en relación al *BVerfG*, en una reflexión proyectable a otros órganos análogos, éste órgano siempre debe incidir con carácter correctivo, tanto en el reconocimiento de prestaciones como en su recorte, son otras tantas razones que explican la función positiva que hoy vienen asumiendo con toda naturalidad los Tribunales Constitucionales, que, como advirtiera hace ya unos cuantos lustros Crisafulli (54), en ocasiones parecen transformarse de jueces en legisladores.

En definitiva, si las circunstancias que, al margen ya de su propia concepción dogmática del Estado y del Derecho, indujeron a Kelsen a esbozar su peculiar modelo de justicia constitucional, han mutado de modo radical tras la guerra, y si la caracterización como «legislador negativo», a la que se han anudado los principales elementos diferenciales respecto del modelo norteamericano, se ha relativizado

---

(52) Como sostiene Modugno, la estricta alternativa *accoglimento/rigetto* dispuesta en el diseño constituyente italiano, no fue sino fruto de la ingenuidad (quizá también, añadiríamos por nuestra cuenta, del potente influjo de esa idea-fuerza que fue la del «legislador negativo»), pues las sentencias interpretativas, en su variada tipología, representan una respuesta realista y siempre flexible frente a los requerimientos de un diseño abstracto y rígido. Franco MODUGNO, «Corte Costituzionale e potere legislativo», en Paolo BARILE, Enzo CHELI y Stefano GRASSI (a cura di), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982, pp. 19 y ss.; en concreto, p. 48.

(53) Albrecht WEBER, «Alemania», en Eliseo AJA (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Editorial Ariel, Barcelona, 1998, pp. 53 y ss.; en concreto, p. 84.

(54) Vezio CRISAFULLI, «La Corte costituzionale ha vent'anni», *op. cit.*, p. 1704.

hasta el extremo, la conclusión es clara: los soportes que condujeron a la contraposición entre los dos grandes modelos de la justicia constitucional han sido profundamente socavados. Y a todo ello habrá de añadirse la obsolescencia de los rasgos procesales propios de cada modelo que Calamandrei contrapuso en forma binomial, cuestión de la que nos ocupamos a continuación.

##### 5. LA OBSOLESCENCIA DE LOS RASGOS BINOMIALES CONTRAPUESTOS DE CALAMANDREI

En una caracterización muy bien conocida, el gran procesalista italiano Piero Calamandrei (55) vino a connotar los dos grandes sistemas de control de constitucionalidad (o de legitimidad constitucional) de las leyes, el sistema norteamericano de la *judicial review of Legislation* y el europeo de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, a través de un conjunto de binomios contrapuestos.

El primero de esos sistemas, tildado habitualmente como sistema difuso, en cuanto que todos los órganos jurisdiccionales (de la autoridad judicial, decía Calamandrei) pueden llevar a cabo este control, era caracterizado como incidental o concreto (sólo lo puede proponer en vía prejudicial quien es parte en una controversia concreta), especial (la declaración de inconstitucionalidad tan sólo conduce a negar la aplicación de la ley *in casu*, o lo que es igual, a la inaplicación de la norma legal considerada inconstitucional en el caso concreto), declarativo (el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como declaración de certeza retroactiva de una nulidad preexistente, y por tanto con efectos *ex tunc*) y con efectos *inter partes*, pues sólo las partes del caso concreto en el que se ha suscitado la fiscalización de la norma legal van a verse afectadas.

El sistema kelseniano, conocido por lo general como sistema concentrado, en cuanto que el control se residencia en un único y es-

---

(55) Piero CALAMANDREI, «La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil», en su obra *Instituciones de Derecho Procesal Civil (Estudios sobre el proceso civil)*, traducción de Santiago Sentís Melendo, vol. III, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, pp. 21 y ss.; en concreto, pp. 32-33.

pecial órgano constitucional, iba a ser caracterizado como principal o abstracto (el control se propone como tema separado y principal de la petición, cuestionándose directamente la legitimidad de la ley en general, sin esperar a que la aplicación de la norma legal ofrezca la ocasión de una controversia especial), general (la declaración de inconstitucionalidad conduce a la invalidación general de la norma legal, haciéndole perder para siempre su eficacia normativa general), constitutivo (el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como anulación o ineficacia *ex nunc*, que vale *pro futuro* y respeta en cuanto al pasado la validez de la norma legal inconstitucional) y, en sintonía con lo anterior, con efectos generales o *erga omnes*.

La virtualidad didáctica de los adjetivos «difuso» y «concentrado» es grande; de ello no cabe la menor duda. Sin embargo, hoy no se puede decir que retraten la realidad de la justicia constitucional, por lo que su valor explicativo es bastante dudoso. Incluso desde una perspectiva histórica, resulta que la completa vigencia práctica de los postulados teóricos en que se sustentaba la bipolaridad ha sido más bien escasa, produciéndose muy pronto una cierta relativización de algunos de sus rasgos más característicos. No será necesario esperar a la nueva concepción sustentada por los constituyentes europeos de la segunda posguerra, si bien a partir de este momento el proceso conducente a la relativización de los rasgos binomiales expuestos se acentuará de modo notable. En efecto, la importante reforma constitucional austriaca de diciembre de 1929, ya mencionada, agrietará la supuesta solidez de esos contrapuestos rasgos. A juicio de Cappelletti (56), que compartimos por entero, tras la *Novelle* (como se conoce la reforma constitucional de 1929), el sistema austriaco-kelseniano iba a presentar ya un carácter híbrido.

Por lo demás, una opinión doctrinal muy extendida en nuestros días subraya la existencia de una clara tendencia convergente entre los dos grandes modelos. Tal será el caso, por limitarnos a la opinión del autor posiblemente más relevante, de Mauro Cappelletti (57),

---

(56) Mauro CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, settima ristampa inalterata, Giuffrè, Milano, 1978, p. 95.

(57) Mauro CAPPELLETTI: «Judicial Review in Comparative Perspective», en *California Law Review* (*Cal. L. Rev.*), vol. LVIII, 1970, pp. 1017 y ss.; en concreto, p. 1053. En

para quien el control jurisdiccional de las leyes, en su funcionamiento en el mundo contemporáneo, revela un hundimiento de las antiguas dicotomías («a breakdown of old dichotomies»), hallándose los dos modelos en vías de llegar a uno solo, en proceso, en definitiva, de su progresiva unificación («the two worlds are becoming one»). El análisis particularizado que hacemos a continuación de los, supuestamente, contrapuestos rasgos de cada modelo no conduce sino a corroborar lo que se acaba de decir.

A) *El carácter relativo de la contraposición «sistema concentrado/sistema difuso»: del monopolio del control de la constitucionalidad por el Tribunal Constitucional al mero monopolio de rechazo*

El primero de los rasgos diferenciales entre los dos grandes modelos atañe al órgano legitimado para llevar a cabo el control. Ya se ha dicho, y es de sobra conocido, que en el sistema norteamericano todos los órganos judiciales pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley con ocasión de las controversias o litigios que se susciten ante ellos. En el sistema kelseniano, un órgano *ad hoc*, el Tribunal Constitucional, es el único encargado de llevar a cabo dicha fiscalización, asumiendo por lo mismo un verdadero monopolio.

Este monopolio, aunque formalmente no se vea alterado, sufrirá un considerable embate con la reforma constitucional austriaca de 1929 (*Dezember Verfassung*). Cabe recordar, con carácter previo, que el texto constitucional de 1920 (art. 89.2) habilitaba a los Tribunales, en el caso de que les surgieran dudas acerca de la ilegalidad de un reglamento que hubieren de aplicar, para suspender el procedimiento seguido ante ellos y requerir al Tribunal Constitucional su anulación por un vicio de ilegalidad. El planteamiento de esta cuestión quedaba, pues, circunscrito a las normas reglamentarias, no abarcando las legales.

---

versión francesa, «Le contrôle juridictionnel des lois en Droit comparé», en la obra del propio autor, *Le pouvoir des juges*, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris, 1990, pp. 179 y ss.

La reforma constitucional de 1929, dando una nueva redacción al artículo 140, amplió la legitimación para recurrir una ley por un vicio de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof, VfGH*), al Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*) y al Tribunal de Justicia Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*). Cualquiera parte de una *litis* o controversia de la que estuviera conociendo uno de estos dos altos órganos judiciales ordinarios podía plantear ante ellos el problema de la constitucionalidad de una ley aplicable al caso concreto, si bien la cuestión constitucional propiamente dicha se había de plantear por la exclusiva decisión del órgano jurisdiccional, pues, desde el punto de vista procesal, lo que resultaba decisivo era el interés público protegido por los Tribunales, no el interés privado de las partes, en sintonía con la naturaleza objetiva de los procesos de control normativo, de la que se hiciera eco Söhn en un ya clásico trabajo (58).

El origen de esta reforma se ha visto por algún autor (59) en la facultad de que dispuso el *VfGH*, desde su diseño inicial en 1920, de proceder de oficio al control de constitucionalidad de una ley o de un reglamento, cuando hubiere de aplicar una de esas normas en otro caso distinto pendiente de su conocimiento. Sin embargo, a nuestro modo de ver, quizá haya que atender también a la nítida postura kelseniana favorable a la fórmula acuñada constitucionalmente en 1929, en la que el gran jurista nacido en Praga vio un cauce para la introducción de una muy atenuada *actio popularis* (60).

---

(58) Hartmut SÖHN, «Die abstrakte Normenkontrolle», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz* (Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts), herausgegeben von Christian Starck, Erster Band (Verfassungsgerichtsbarkeit), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, pp. 292 y ss.

(59) Theo ÖHLINGER, «La giurisdizione costituzionale in Austria», en *Quaderni Costituzionali*, Anno II, núm. 3, diciembre de 1982, pp. 535 y ss.; en concreto, p. 542.

(60) Recordemos que Kelsen admitía, que la mayor garantía en orden al desencadenamiento del procedimiento de control de constitucionalidad consistía ciertamente en la previsión de una *actio popularis*, de acuerdo con la cual, el *VfGH* habría de proceder al control a instancia de cualquiera. «C'est incontestablement de cette façon que l'intérêt politique qu'il y a à l'élimination des actes irréguliers recevrait la satisfaction la plus radicale». A partir de tal reconocimiento, Kelsen considera esta solución como no recomendable, porque la misma entrañaría un muy considerable peligro de acciones temerarias «et le risque d'un insupportable encombrement des rôles». Sin embargo, casi de inmediato, Kelsen se manifiesta favorable a un acercamiento del recurso de inconstitucionalidad a la *actio*

La reforma constitucional de 1929, de esta forma, aun no rompiendo formalmente el monopolio del control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, alteró significativamente el significado del mismo, convirtiéndolo en un monopolio de rechazo por cuanto, de algún modo, los dos altos órganos jurisdiccionales ordinarios que eran legitimados para plantear ante el *VfGH* la pertinente «demanda» (en los términos del art. 140.1 de la Constitución), antes de decidir su planteamiento, debían lógicamente de llevar a cabo un primer juicio de constitucionalidad en el que sustentar posteriormente el planteamiento de la cuestión. Como ha escrito Rubio Llorente refiriéndose a la cuestión de inconstitucionalidad en España (61), aunque su reflexión tiene un obvio valor general, la cuestión implica siempre un doble juicio de constitucionalidad: uno provisional y negativo, efectuado por el Juez o Tribunal que la suscita, y otro, definitivo y coincidente o no con aquél, que es el que lleva a cabo el Tribunal Constitucional. De ahí que allí donde existe este instituto procesal, independientemente del nombre con que se le identifique, el Tribunal Constitucional, en cuanto comparte con los órganos judiciales ordinarios la posibilidad de emitir juicios de constitucionalidad, pierde su monopolio sobre los mismos, pasando a detentar tan sólo el monopolio de rechazo de las leyes inconstitucionales (que en el caso austriaco habría que ampliar a los reglamentos ilegales).

El constitucionalismo de la segunda posguerra ha caminado en esta misma dirección. Alemania, Italia y España nos ofrecen buenos ejemplos de ello, y en Austria también se ha avanzado, pues la reforma constitucional de 1975 vino a legitimar, en orden al desencadenamiento del control por parte del *VfGH*, a todos los órganos jurisdiccionales de segunda instancia, lo que era relevante en todos aquellos supuestos en los que no estaba legalmente previsto un recurso ante los órganos judiciales supremos.

---

*popularis*, a cuyo efecto postula que se permita a las partes de un proceso judicial o administrativo provocar tal control de constitucionalidad frente a actos de autoridades públicas (resoluciones judiciales o actos administrativos) cuando entendieren que tales actos, aun siendo inmediatamente regulares, se hubieren realizado en ejecución de una norma irregular (ley inconstitucional o reglamento ilegal). Hans Kelsen, «La garantie juridictionnelle de la Constitution», *op. cit.*, pp. 245-246.

(61) FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *La forma del poder* (Estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 588.

Puede concluirse por todo ello, que el instituto procesal que venimos comentando ha venido a hacer partícipes del proceso de control de constitucionalidad de las leyes a todos los jueces, relativizando de esta forma el primer binomio diferencial que separa a los dos grandes modelos.

B) *La relatividad de la rígida contraposición entre el carácter incidental y principal del control*

I. Una segunda diferencia entre los dos sistemas atañe al carácter incidental o principal del control. Recordemos que en el sistema de la *judicial review* la ley sospechosa de inconstitucionalidad no es susceptible de impugnación directa; la supuesta inconstitucionalidad tan sólo puede hacerse valer como una cuestión incidental, de cuya resolución depende la decisión que sobre el caso principal ha de adoptar el juez competente, por quien es parte en una controversia o litigio concreto. En el sistema kelseniano, el control se propone como principal, desvinculado de la aplicación concreta de la ley. El cauce procesal para instar el control es, pues, el de una impugnación directa, en vía principal. Al desvincular la acción de inconstitucionalidad de cualquier litigio, se facilita la fiscalización de leyes que, quizá, no puedan suscitar controversia, si bien, como regla general, el ejercicio de esta acción se circunscribe a un determinado plazo. En el sistema kelseniano parece, pues, que el desencadenante del control de constitucionalidad es el puro interés público, mientras que en el modelo norteamericano, en principio, la fiscalización en sede judicial se conecta estrechamente con una controversia entre intereses particulares.

En 1942, Kelsen sostuvo (62), que la mayor diferencia entre el sistema norteamericano y el austriaco radicaba en el procedimiento a cuyo través una ley podía ser declarada inconstitucional por el órgano competente, subrayando el hecho de que, en principio, en el sistema americano, sólo la violación del interés de un particular

---

(62) Hans Kelsen, «Judicial Review of Legislation. A Comparative Study...», *op. cit.*, pp. 192-193.

podía desencadenar el procedimiento de control constitucional («it is in principle only the violation of a party-interest which puts in motion the procedure of the judicial review of legislation»), lo que, de alguna forma, significaba la postergación del interés público que el control de constitucionalidad de las normas entraña, que no necesariamente coincide con el interés privado de las partes interesadas.

II. El control en el sistema norteamericano, ciertamente, se ha vinculado siempre a la existencia de una controversia. Ya en julio de 1793, la *Supreme Court* tuvo la oportunidad de pronunciarse al efecto, al rechazar dar una opinión consultiva (*advisory opinion*) que el Secretario de Estado, Thomas Jefferson, en nombre del Presidente Washington, solicitó de la Corte sobre un cierto número de cuestiones legales de Derecho internacional suscitadas de resultas de la ruptura de hostilidades entre Francia e Inglaterra y en conexión con la *Neutrality Proclamation* hecha por Estados Unidos ese mismo año. Como señalara Warren (63), con su rechazo, la Corte sentó un precedente de inmensa importancia para el sistema gubernamental del que, por lo demás, nunca se ha apartado. Otro hito jurisprudencial al respecto lo encontramos, en 1911, en el caso *Muskrat vs. United States*. A juicio de quien llegaría a ser *Chief Justice*, Charles Evans Hughes (64), el éxito de la Corte en cuanto tribunal independiente y exclusivamente judicial iba a depender, no de unas fórmulas constitucionales, sino (al margen ya de la calidad de los hombres seleccionados para la Corte) de una serie de principios restrictivos adoptados para el control de su propio ejercicio del poder judicial, entre ellos, el de que desde el comienzo, la Corte se limitó a su tarea judicial de resolver pleitos reales («its judicial duty of deciding actual cases»), entendiéndolo que tal era la intención constitucional, pues no otra cosa debía significar el conocimiento de «casos» y «controversias» (65).

---

(63) Charles WARREN, «The First Decade of the Supreme Court of the United States», en *The University of Chicago Law Review* (*U. Chi. L. Rev.*), vol. 7, 1939-1940, pp. 631 y ss.; en concreto, p. 646.

(64) Charles Evans HUGHES, *The Supreme Court of the United States. Its Foundation, Methods and Achievements. An Interpretation*, Columbia University Press, New York, 1928, pp. 29-30. En la versión española, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, 2.ª ed. española, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, p. 53.

(65) El propio Charles Evans Hughes, ocupando la *Chief Justiceship*, y expresando la opinión de la Corte en el caso *Aetna Life Insurance Co. v. Haworth* (1937), razonaba, que

Añadamos, que una dilatada jurisprudencia de la Corte ha delimitado la competencia judicial con singular nitidez, entendiendo a grandes rasgos que el conocimiento de «casos y controversias» (la conocida como *case and controversy doctrine*) ha de interpretarse como excluyente del conocimiento por los tribunales federales de cualquier caso que no cumpla estos cuatro requisitos: 1.º) el caso debe incluir partes contrarias; 2.º) las partes deben tener un interés jurídico sustancial; 3.º) la controversia, por fuerza, tiene que surgir de una serie de hechos reales, y 4.º) el fallo implica una decisión compulsiva sobre los derechos de las partes (66).

En definitiva, la vinculación del control de constitucionalidad en sede judicial a una controversia presupone que aquél sólo se desencadena con ocasión de un litigio que afecta a intereses particulares. No es el interés público en la preservación de un ordenamiento acomodado a la Constitución, el desencadenante del control, sino la existencia de una controversia, de una *litis* que enfrenta intereses particulares contrapuestos. Grant (67), desde su profundo conocimiento del constitucionalismo latinoamericano y desde la óptica del mismo, admitía mediado el pasado siglo, que uno de los principales defectos del sistema americano de la *judicial review* era la imposibilidad de conseguir que el interés público en la defensa de sus leyes fuera cuidado siempre de modo adecuado, pues no se podía considerar que así acontecía cuando el mismo se dejaba en manos de un litigante particular.

Una Ley de 24 de agosto de 1937, «para proveer la intervención del Gobierno de los Estados Unidos, la apelación directa al Tribunal Supremo y la regulación de la expedición de *injunctions* en algunos

---

«una controversia jurisdiccional se distingue de una diferencia o disputa de carácter hipotético o abstracto (...). La controversia debe ser determinada y concreta, con referencia a las relaciones jurídicas de las partes que tengan intereses jurídicos opuestos (...). Debe ser una controversia real y sustancial que admita un remedio específico a través de una resolución de carácter definitivo».

(66) C. Herman PRITCHETT, *La Constitución Americana*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1965, p. 136.

(67) James Allan C. GRANT, «Judicial Control of Legislation. A Comparative Study», en *The American Journal of Comparative Law*, vol. III, number 2, Spring 1954, pp. 186 y ss.; en concreto, pp. 191-192.

casos referentes a la constitucionalidad de las leyes del Congreso y para otros propósitos», vino a cambiar la situación. El propio Kelsen así lo había de expresar (68), admitiendo que el texto legal reconocía el interés público en el control jurisdiccional de las leyes federales. Y en la misma dirección se iba a manifestar Grant (69), para quien la Ley subsanaba el defecto al que con anterioridad nos referimos, y ello por cuanto, siguiendo el sistema usado largo tiempo en México, la Ley de 1937 dispuso que cuando la validez de una ley federal fuera cuestionada por un litigante, el tribunal debía de proceder a notificarlo al *Attorney General*, a fin de permitirle que fuera parte en el caso (70). La Ley concedía asimismo al ejecutivo la facultad de recurrir en apelación ante la *Supreme Court* una sentencia dictada por un tribunal federal, por la que una ley federal fuera declarada contraria a la Constitución, lo que posibilitaba al ejecutivo federal el derecho a intervenir judicialmente en cualquier acción entre particulares, convirtiéndose así en una de las partes a los efectos de la presentación de pruebas y de la argumentación de la cuestión constitucional. Con anterioridad a la *Judiciary Act* de 1937, en semejantes casos, no siendo parte los Estados Unidos, a sus representantes legales no les cabía otra opción que la de comparecer en el proceso como *amici curiae*, opción claramente insuficiente.

El valor de la nueva norma legal quedó demostrado pocos años después, en el caso *United States v. Johnson* (1944). El pleito surgió en torno a la cuestión de la validez de las normas relativas al control de los alquileres, que había establecido la *Emergency Price Control Act* de 1942, considerando el tribunal, en el pertinente proceso, que la norma legal era *unconstitutional*. En apelación, la sentencia fue anulada y la petición considerada como colusoria, por-

---

(68) Hans KELSEN, «Judicial Review of Legislation. A Comparative Study...», *op. cit.*, p. 193.

(69) James Allan C. GRANT, «Judicial Control of Legislation...», *op. cit.*, p. 192.

(70) En el comentario relativo a la legislación (particularmente a la *Judiciary Act* de 1937) que se lleva a cabo en la *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*, vol. LI, No. 4, February 1938, pp. 148-155, en particular, pp. 148-149), puede leerse, en relación a la finalidad perseguida por este texto legal, lo siguiente: «The chief purpose of the Act is to remove the possibility of having a federal statute declared unconstitutional in a suit to which the United States was not a party, and in which the relation of the litigants was such that a proper presentation of the case in favor of the validity of the statute in question was not obtained».

que se probó que el demandante había formulado la demanda con un nombre ficticio a instancias del demandado, que había contratado al abogado del demandante y pagado todos los gastos judiciales. Tales hechos no habrían salido a la luz si el *Attorney General* no hubiera podido personarse como parte, lo que fue posible gracias a la Ley de 1937.

Como puede apreciarse, desde la perspectiva del Derecho norteamericano, el interés público pasó a hacer acto de presencia hace tres cuartos de siglo en los procesos en los que pudiera ventilarse la inconstitucionalidad de «a national statute». Pero también desde la óptica de los sistemas de corte kelseniano nos encontramos con una importantísima relativización de la diferencia que ahora estamos analizando.

III. En Europa, como destacara la doctrina<sup>(71)</sup>, una de las novedades emergentes de las experiencias de la justicia constitucional de la segunda posguerra es la constatación de la posibilidad de combinar la técnica del control incidental (de tipo norteamericano) con la técnica del control concentrado (de tipo austriaco-kelseniano), mediante el empleo de mecanismos procesales tales como las *questioni di legittimità costituzionali*, el *konkrete Normenkontrolle* o nuestra cuestión de inconstitucionalidad, mecanismos que hoy encontramos en otros muchos países (por ejemplo, en la gran mayoría de los países de Europa oriental). Por intermedio de los mismos, tal y como ya vimos al aludir a la reforma constitucional austriaca de 1929, se reconoce a los órganos jurisdiccionales ordinarios la facultad no de decidir autónomamente las cuestiones constitucionales, pero sí de elevar a la decisión del Tribunal Constitucional normas sospechosas de vulnerar la Constitución que hayan de ser aplicadas, con carácter determinante para la decisión final, en una *litis* concreta de la que estén conociendo. Ello es enormemente importante, porque va a atribuir un cierto carácter «concreto» al control realizado en sede constitucional a instancias de un órgano judicial ordinario. Bien es verdad que, a nuestro entender, este carácter «concreto», supuestamente contrapuesto a la «abstracción» que parece connatural al ca-

---

(71) Alessandro PIZZORUSSO, «I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi», *op. cit.*, p. 522.

rácter principal del control, sólo puede visualizarse en un sentido impropio, que se vincula con el planteamiento de la cuestión, y ello aunque haya de admitirse que, en lo básico, la cuestión planteada por el juez ordinario ante el juez constitucional será la de la incompatibilidad entre dos normas, la legal y la constitucional, esto es, una cuestión esencialmente abstracta. A este respecto, Rubio Llorente (72) ha hecho especial hincapié en que el cuestionamiento ante el Tribunal Constitucional, por un tribunal ordinario, de la ley que debe aplicar para la solución de un caso concreto sigue siendo una impugnación abstracta, anterior a la decisión del litigio y cuyo objeto no es ni puede ser otro que el puro enunciado de la ley, y ni siquiera debe inducir a error la denominación alemana de esta vía de control, *konkrete Normenkontrolle*. Con todo, a nuestro entender, ignorar que de una y otra forma de desencadenamiento del control de la ley en sede constitucional se desprenden diferencias significativas sería tanto como desatender a la evidencia.

La abstracción del control se produce porque el proceso de constitucionalidad surge completamente al margen de un caso judicial, y por lo mismo, de la aplicación de la norma. La concreción deriva a su vez de la relación de prejudicialidad, como se diría en Italia, que, en conexión con la «relevancia» (constatada en el oportuno «juicio de relevancia») de la cuestión de inconstitucionalidad, se establece entre los dos juicios en base a que mientras en uno la norma impugnada constituye el objeto del control de constitucionalidad, en el otro, es tal norma la que ha de ser aplicada en orden a la resolución del caso, dependiendo la resolución de la *litis* de la validez constitucional de la norma, lo que vincula la decisión del Tribunal Constitucional a un caso concreto en cuyo ámbito la norma controlada ha de encontrar aplicación.

Esta, si se quiere, relativa concreción en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad convive con la abstracción del enjuiciamiento llevado a cabo en sede constitucional. El Tribunal Constitucional, desde luego, no va a dejar de confrontar en abstracto dos normas jurídicas, dilucidando su compatibilidad o contradicción a

---

(72) FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *La forma del poder* (Estudios sobre la Constitución), *op. cit.*, p. 511.

través de un conjunto de operaciones lógico-silogísticas. Sin embargo, como bien se ha señalado (73), la concreción en el planteamiento de origen no parece que haya de carecer de una cierta repercusión en el propio juicio constitucional, pues, llegado el momento de determinar el sentido de los enunciados normativos, puede llegar a ejercer un cierto influjo, por pequeño que sea, el caso litigioso en suspenso en el que se ha suscitado el problema de constitucionalidad y sobre el que, una vez que haya dictado sentencia el juez constitucional, habrá de pronunciarse el juez *a quo*.

La introducción en Europa del instituto procesal que en España llamamos cuestión de inconstitucionalidad, que como ya se ha visto se remonta a una época tan lejana como es el año 1929, nos ofrece una prueba fehaciente más del progresivo entremezclamiento de elementos de uno y otro sistema.

C) *Los elementos de aproximación frente a la supuesta separación visualizada en los binomios relativos a la extensión, naturaleza y efectos temporales de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad*

Una última y doble diferencia entre los dos sistemas atañe a la extensión y naturaleza de los efectos de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

En el modelo norteamericano, en sentido estricto, el Juez no anula la ley sino que declara una nulidad preexistente, por lo que se limita a inaplicar la ley que considera contradictoria con la Constitución. Estaríamos, pues, ante una sentencia declarativa. En sintonía con ello, los efectos de la declaración son retroactivos (*ex tunc*) y, dado el carácter incidental de la demanda, limitados al caso concreto (*inter partes*); dicho de otro modo, y en términos de Calamandrei, se trata de un control «especial», no «general». Incidiendo en estos mismos rasgos,

---

(73) Javier JIMÉNEZ CAMPO, «Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español», en *La Jurisdicción Constitucional en España (La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. 1979-1994)*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 71 y ss.; en concreto, pp. 77-78.

Grant (74) ha procedido a sintetizarlos con meridiana claridad: «The American doctrine —escribe el conocido profesor americano— is based upon a single concept: a statute contrary to the Constitution is void. The unconstitutional law does not become unenforceable when it is declared unconstitutional by a court; it is void *ab initio* —from the beginning— and the court cannot apply it because of its nullity» (75).

En la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales, como ya expusimos, no ejerce propiamente una verdadera función jurisdiccional, aunque tenga, por la independencia de sus miembros, la organización de un Tribunal. A partir de la diferencia que Kelsen considera determinante entre la función jurisdiccional y la función legislativa (mientras la última crea normas generales, la primera no crea sino normas individuales), el maestro de la Escuela de Viena resuelve el problema del significado de la anulación de una ley decidida por el Tribunal Constitucional. «Aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes inconstitucionales —escribe Kelsen (76)— el Tribunal Constitucional no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica, o sea, que oficia de "legislador negativo"». La decisión del Tribunal de anular una ley tiene, pues, el mismo carácter que una ley abrogativa de otra norma legal; es un acto de legislación negativa. Y en obvia sintonía con lo anterior, la sentencia del Tribunal kelseniano tiene una naturaleza constitutiva.

En la caracterización del Tribunal como *negativ Gesetzgeber* no se ha de ver una acentuación del carácter político de la función

---

(74) James Allan C. GRANT, «Judicial Control of Legislation. A Comparative Study», *op. cit.*, p. 190.

(75) Años antes, Corwin se había pronunciado en términos muy parejos. «When the Supreme Court of the United States pronounces an act of Congress "void", it ordinarily means void *ab initio*, because beyond the power of Congress to enact, and it furthermore generally implies that it would similarly dispose of any future act of the same tenor». Edward S. CORWIN: «The "Higher Law" Background of American Constitutional Law», en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, vol. XLII, No. 2, December, 1928, pp. 149 y ss., y 365 y ss.; en concreto, pp. 371-372.

(76) Hans KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, 1931. Manejamos el texto en versión española, traducido por Roberto J. Brie, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 36-37.

desempeñada por el *VfGH*, sino más bien el intento kelseniano de asimilarla a la función legislativa, con vistas, particularmente, al otorgamiento de efectos *erga omnes* al pronunciamiento del Juez constitucional y a la exclusión de la fuerza retroactiva de la resolución judicial, es decir, a dotar a la sentencia de efectos *ex nunc* (77). Kelsen consideró que difícilmente podía justificarse tal fuerza retroactiva, no sólo por las consecuencias criticables de todo efecto retroactivo, sino, especialmente, porque la decisión concernía a un acto del legislador, y éste también estaba autorizado para interpretar la Constitución, aun cuando estuviese sometido en este aspecto al control del Tribunal Constitucional. En definitiva, mientras el juez constitucional no declarase inconstitucional una ley, la opinión del legislador, expresada en un acto legislativo, tenía que ser respetada. De todo ello se infería, como es patente, la naturaleza constitutiva de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad (78).

- a) El determinante influjo de la regla *stare decisis* en el sistema americano: de la inaplicación con efectos *inter partes* a la anulación con efectos *erga omnes*

La primera relativización que se advierte en el punto que nos ocupa atañe al sistema americano. Recordemos, a título previo, que la base de todo el Derecho de creación judicial, característico de los sistemas de *common law*, se encuentra en la regla del precedente (*the*

---

(77) Adriano GIOVANNELLI, «Alcune considerazioni sul modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana...», *op. cit.*, pp. 388-389.

(78) Kelsen admite una sola excepción frente a la regla general de exclusión de fuerza retroactiva de la sentencia: la ley anulada por la sentencia constitucional no puede ya ser aplicada al caso que dio lugar al control jurisdiccional y subsiguiente anulación de la ley. Esta salvedad la justifica Kelsen como una necesidad técnica. «This retroactive force — escribe el gran jurista austriaco — exceptionally granted to the judgement of annulment, was a technical necessity, because without it the authorities charged with the application of the law (that is, the judges of the Supreme Court and of the Administrative Court respectively) would not have had an immediate and consequently sufficiently cogent interest to cause the intervention of the Constitutional Court». Innecesario es decir que cuando Kelsen escribe esto, ya regía en Austria la reforma constitucional de 1929, que como ya se ha expuesto, introducía limitadamente la que, con términos del ordenamiento español, llamaríamos cuestión de inconstitucionalidad. Hans Kelsen, «Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution», *op. cit.*, p. 196.

*rule of precedent*), que fundamenta la obligación que pesa sobre el juez de atenerse en sus decisiones a los precedentes judiciales, conjunto normativo (*case law*) elaborado por los órganos jurisdiccionales con anterioridad. El bien conocido aforismo de origen latino, *stare decisis et quia non movere*, identifica esta regla.

Si se nos permite el *excursus*, vale la pena recordar que la regla del *stare decisis* es fruto de un proceso histórico evolutivo que se manifiesta primeramente en Inglaterra. En este país, en los *year books*, primera forma de plasmación en actas de las decisiones jurisprudenciales, entre 1290 y 1530, no se encuentran aún vestigios de citas o referencias a casos precedentes. El primer vestigio de ello lo hallamos en el caso *Doctor and Student* (1540); en él, como recuerda Mattei (79), no sólo hace ya acto de presencia la distinción entre *authority* vinculante y precedente persuasivo, sino que también se establece *expressis verbis* el principio del Derecho inglés de que «los casos iguales deben ser decididos todos ellos de manera análoga». En este período de los *year books*, que se suele hacer llegar hasta el año 1765, fecha de inicio de los *reports* de Burrow, que marcan un punto de inflexión muy significativo, la publicación de las decisiones jurisprudenciales contribuirá de modo notable al proceso de crecimiento de su autoridad.

En la América prerrevolucionaria el valor del precedente fue muy desigual, en función de la relación de cada Colonia con la metrópoli. En todo caso, al precedente le puede ser aplicada la «regla áurea» que guió la recepción del *common law* inglés: éste rige en el ámbito delimitado por su adaptación a las necesidades locales (80).

Tras la Constitución de 1787, habrá que esperar a mediados del siglo XIX para poder apreciar algunas sentencias de la *Supreme Court* o de otros tribunales en las que se apela a la regla *stare decisis* como fuente de autoridad. Un ejemplo de ello puede verse en la consideración del *Chief Justice* de la Corte Suprema del Estado de Maryland, Le Grand, en el caso *Milburn v. State of Maryland* (1851), en el

---

(79) Ugo MATTEI, *Stare Decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè Editore, Milano, 1988, pp. 12-13.

(80) *Ibidem*, p. 35.

sentido de que «the precedent's authority» (la autoridad de la doctrina jurisprudencial preexistente) cerraba la discusión. Hoy, no puede dudarse de que la praxis jurisprudencial de los tribunales norteamericanos se encuentra fuertemente condicionada por el principio *stare decisis*, que Benjamin Cardozo, en el más clásico estudio sobre el rol del poder judicial norteamericano, definiera en términos devenidos clásicos del siguiente modo: «*stare decisis* is at least the everyday working rule of our law» (81), dándole por lo mismo la naturaleza propia de una regla o pauta cotidiana.

La *Supreme Court*, desde luego, es libre de separarse de sus propios precedentes en materia constitucional, como defendiera en una *dissenting opinion* el prestigioso Justice Louis Brandeis, nombrado Juez del Tribunal en 1916 a propuesta del Presidente Woodrow Wilson. La reflexión de Brandeis se convirtió en la justificación teórica de un número relativamente elevado de casos de «cambio de ruta» constitucional. Pero no sería tal Juez el único que se iba a manifestar en tal dirección. Cardozo, —que llegaría a la Corte Suprema en 1932, permaneciendo como Juez en ella hasta el año de su muerte, 1938, siendo por tanto colega de Brandeis en la Corte durante seis años— en su célebre obra sobre el proceso judicial, se manifestaba dispuesto a admitir, que aunque la regla de la adhesión al precedente no debía ser abandonada, sí podía ser en alguna medida relativizada, relajada, cuando el precedente se encontrara incoherente con el sentido de la justicia o con el bienestar social (82). Aunque no deja de ser significativa la facilidad de la *Supreme Court* para mutar su jurisprudencia, en teoría, esta facultad de *overruling* se acepta tan sólo cuando se asienta en una especial justificación. En último término, bien podría afirmarse con Abraham (83), que «*stare decisis* is a prin-

---

(81) Benjamin Nathan CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, 36<sup>th</sup> printing, Yale University Press, New Haven and London, 1975, p. 20.

(82) «I am ready to concede —escribe Cardozo— that the rule of adherence to precedent, though it ought not to be abandoned, ought to be in some degree relaxed. I think that when a rule, after it has been duly tested by experience, has been found to be inconsistent with the sense of justice or with the social welfare, there should be less hesitation in frank avowal and full abandonment». Benjamin N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, *op. cit.*, p. 150.

(83) Henry J. ABRAHAM, *The Judicial Process. An Introductory Analysis...*, *op. cit.*, p. 360.

ciple of policy and not a mechanical formula of adherence to the latest decision». Y que la regla *stare decisis* no pueda, ni deba, ser una fórmula mecánica es algo que se puede entender muy bien si se tiene en cuenta la reflexión crítica que en relación a una visión estática del principio de seguridad en el Derecho, formulara a mediados del pasado siglo el *Justice* William Orville Douglas, uno de los que más años ha pasado en la Corte (fue Juez entre 1939 y 1975), quien consideraría que «security can only be achieved through constant change, through the wise discarding of old ideas that have outlived their usefulness and through the adapting of others to current facts» (84). Hay tan sólo —concluía el *Justice* Douglas— una ilusión de seguridad en una «línea Maginot» («Maginot Line»). Por lo demás, la *Supreme Court* ha considerado que sus propias resoluciones judiciales vinculan a las restantes jurisdicciones, no sólo a las federales, sino también a las estatales en materia federal o de interés nacional.

La teoría clásica del precedente, que siempre se fundó en la distinción teórica entre la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*, ha sufrido una profunda grieta respecto de su formulación más tradicional (85), por cuanto el análisis jurisprudencial confirma, que en la mayoría de los casos los jueces inferiores no sólo siguen los precedentes jurisprudenciales de la *Supreme Court*, sino que en ocasiones admiten de modo explícito sentirse asimismo vinculados por los *obiter dicta*, lo que, en último término, es revelador de que la autoridad y el prestigio de que goza la Corte Suprema es aún mayor que su ya de por sí elevada autoridad formal.

Un gran comparatista y excelente conocedor de la Corte Suprema como fue Edouard Lambert, ochenta años atrás (86), se hacía eco de algo que, en los momentos álgidos del debate por parte de la doctrina francesa en torno a la conveniencia de implantar en la Francia de la Tercera República el modelo norteamericano de la *judicial review*,

---

(84) William O. DOUGLAS, «Stare decisis», en *Columbia Law Review (Colum. L. Rev.)*, vol. 49, No. 6, June, 1949, pp. 735 y ss.; en concreto, p. 735.

(85) Ugo MATTEI, *Stare Decisis. Il valore del precedente...*, op. cit., p. 297.

(86) Edouard LAMBERT, «Quatre années d'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois par la Cour suprême des États-Unis», en *Mélanges Maurice Hauriou*, Recueil Sirey, Paris, 1929, pp. 467 y ss.; en concreto, p. 481.

era a su juicio frecuentemente olvidado: la extraordinaria fuerza que daba a toda decisión de la *Supreme Court* la noción americana de «l'autorité du cas jugé». Las palabras del Profesor de Lyon no dejaban resquicio a la duda: «En matière constitutionnelle, aussi bien que dans le domaine du *common law*, le point de droit tranché par la Cour suprême, après débats et réflexions, devient *settled law* ou *settled rule*». La posición de la *Supreme Court* entrañaba un *ruling*, esto es, una reglamentación final de la cuestión jurídica planteada y resuelta por ella. Y esta fuerza se acentuaba aún más tratándose de sentencias constitucionales, o lo que es igual, sobre materia constitucional (87).

Retornando a la línea argumental seguida con anterioridad a este *excursus*, se comprende con facilidad tras todo lo expuesto, que aunque las decisiones de inconstitucionalidad circunscriban sus efectos en el modelo americano a las partes de la *litis*, la incidencia del principio *stare decisis* puede llegar a alterar notablemente ese rasgo. Si se advierte que el efecto vinculante del precedente se acentúa en relación a la jurisprudencia de los órganos judiciales superiores, se comprende fácilmente que encuentre su máxima expresión en la jurisprudencia de la *Supreme Court*, no sólo en cuanto que es el órgano que se sitúa en el vértice del *federal judiciary*, sino también en cuanto que, a diferencia de lo que acontece en buen número de países europeos, en Norteamérica el Tribunal Supremo es único, lo que acentúa aún más si cabe la vinculatoriedad de sus decisiones. Dicho de otro modo, una vez decidida por la Corte que una determinada norma legal se halla en contradicción con la Constitución, aunque el efecto de esa decisión se circunscriba formalmente al caso concreto, en el que tal norma no podrá ser aplicada, *de facto*, el efecto de la decisión será mucho más amplio, pues, a partir de esa sentencia de la Corte es impensable que ningún otro tribunal pueda aplicar la norma legal considerada inconstitucional. Del efecto *in casu* se habrá pasado de hecho a un efecto general, *erga omnes*. La norma se mantendrá formalmente en vigor mientras el Congreso no decida lo contrario,

---

(87) «Quand il s'agit d'arrêts constitutionnels —escribe de nuevo Lambert (*Ibidem*)— (le *ruling*) a infiniment plus d'autorité que les arrêts de règlement de nos anciens parlements —qu'une ordonnance royale pouvait abroger—, tandis que ces *rulings* font la loi aux législatures».

pero su aplicación quedará congelada, por decirlo de algún modo. De esta forma, la sentencia de la Corte Suprema habrá desencadenado de hecho una verdadera eficacia *erga omnes*, análoga a la de la abrogación de la ley de factura kelseniana, a salvo, claro está, de que la misma *Supreme Court* cambie su jurisprudencia en torno a la norma legal en cuestión (*overruling*). Pensemos por lo mismo en lo ocioso que puede resultar la interposición de una demanda contraria a precedentes establecidos por la Corte Suprema, en un sistema en el que un precedente proveniente de dicho órgano «no *overruled*» bien puede ser considerado «the supreme law of the land».

En la misma dirección, Cappelletti (88) ha compendiado la situación, considerando que si una ley es inaplicada por el Tribunal Supremo norteamericano por considerarla inconstitucional, la ley, formalmente, continuará formando parte del ordenamiento jurídico, pero la regla del *stare decisis* la convertirá en letra muerta. En definitiva, la inaplicación, en la realidad, se transforma en anulación. En los propios términos del gran procesalista italiano, «through the instrument of *stare decisis*, this "non-application" in the particular case becomes in practice a genuine quashing of the unconstitutional law which is final, definite and valid for every future case. In short, it becomes a true annulment of the law with, at least in theory, retroactive effects».

- b) La generalización de la nulidad *ipso iure* de la norma y de los efectos *ex tunc* de las sentencias de inconstitucionalidad de los Tribunales Constitucionales

I. En el diseño kelseniano, como ya expusimos, la eficacia *erga omnes* de la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad opera con efectos *ex nunc*, respetando en cuanto al pasado la validez de la ley declarada inconstitucional. Kelsen, recordémoslo, rechazó frontalmente la nulidad de raíz de la norma inconstitucional. En su estudio comparativo entre el modelo austriaco y el norteamericano, es-

---

(88) MAURO CAPPELLETTI, «Judicial Review in Comparative Perspective», *op. cit.*, p. 1043.

cribía: «Within a system of positive law there is no absolute nullity. It is not possible to characterize un act which presents itself as a legal act as null *a priori* (void *ab initio*). Only annulment of such an act is possible; the act is not void, it is only voidable». En sintonía con tal visión, Kelsen añadía más adelante que «the statute must be considered valid so long as it is not declared unconstitutional by the competent court. Such a declaration has, therefore, always a constitutive and not a declaratory character» (89). Sin embargo, si este rasgo del diseño kelseniano, como regla general, que no excluye algún matiz, se ha mantenido en Austria, no puede decirse que haya acontecido lo mismo en otros países europeos que han adoptado una estructura concentrada en su jurisdicción constitucional.

Además, las definiciones normativas no pueden agotar la complejidad de la realidad jurídica que el Tribunal Constitucional conoce a diario (90). Y qué duda cabe de que a ello tratan de responder ciertas previsiones constitucionales o legales, que otorgan a los respectivos Tribunales Constitucionales unos márgenes de apreciación con vistas a modular los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, rompiendo con ello rígidos esquemas. Austria precisamente nos ofrece un buen ejemplo de lo que se acaba de decir.

La regla general que rige en el ordenamiento austriaco la encontramos en el principio de la anulabilidad con efectos *ex nunc*, pero incluso en el modelo kelseniano por antonomasia esa regla encuentra excepciones. Tal puede considerarse el caso de la posibilidad de que los efectos de una sentencia de anulación (*Aufhebung*) del Tribunal austriaco (*VfGH*) no entren en vigor el día de la publicación, caso de que el *VfGH* determine un plazo para la anulación, que en los términos del artículo 140.5 de la Constitución («Diese Frist darf 18 Monate nicht überschreiten») no puede exceder de 18 meses, fórmula que no debe extrañar, pues es plenamente tributaria del pensa-

---

(89) Hans Kelsen, «Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution», *op. cit.*, p. 190.

(90) En análogo sentido, Ángel LATORRE SEGURA y Luis DIEZ-PICAZO, «Tribunal Constitutionnel espagnol» (7ème Conférence des Cours constitutionnelles européennes), en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, III, 1987, pp. 85 y ss.; en concreto, p. 132.

miento kelseniano (91). Esta previsión es un ejemplo paradigmático de lo que antes señalábamos, pues, como han subrayado, entre otros, Korinek y Martin (92), la decisión de fijación de tal plazo queda al libre albedrío del Tribunal («liegt in Ermessen des VfGH») (93).

No es la anterior la única previsión que se aparta de la estricta regla de los efectos *ex nunc*. Y así, aunque los artículos 139.6 (en relación a los reglamentos anulados por su ilegalidad) y 140.7 (respecto de las leyes anuladas por su inconstitucionalidad), ambos de la Constitución, parten del principio de que la norma reglamentaria o legal anulada se seguirá aplicando a las situaciones de hecho consumadas antes de la anulación, excepción hecha obviamente del caso que haya dado origen al fallo (excepción, como ya dijimos, admitida asimismo por Kelsen), a la par facultan al Tribunal Constitucional para que disponga otra cosa en la sentencia de anulación; dicho de otro modo, el Tribunal dispone de una potestad discrecional en orden a proyectar retroactivamente los efectos de su sentencia, lo que supone una notable relativización del principio kelseniano de los efectos *ex nunc*.

---

(91) Recordemos que Kelsen, tras defender, por exigencias de la seguridad jurídica, el efecto *pro futuro* de una sentencia de inconstitucionalidad, escribe: «Il faut même envisager la possibilité de ne laisser l'annulation entrer en vigueur qu'à l'expiration d'un certain délai. De même qu'il peut y avoir des raisons valables de faire précéder l'entrée en vigueur d'une norme générale (...) d'une *vacatio legis*, de même il pourrait y en avoir qui porteraient à ne faire sortir de vigueur une norme générale annulée qu'à l'expiration d'un certain délai après le jugement d'annulation». HANS KELSEN, «La garantie juridictionnelle de la Constitution», *op. cit.*, pp. 218-219.

(92) Karl KORINEK und Andrea MARTIN, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich», en *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Christian Starck/Albrecht Weber (Hrsg.), 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2007, Teilband I (Berichte), pp. 67 y ss.; en concreto, p. 80.

(93) No es éste ni mucho menos el único ejemplo que se puede mencionar. Recientemente, también en Francia se ha optado por una fórmula semejante. La Ley constitucional núm. 2008-724, de 23 de julio de 2008, de modernización de las instituciones de la V República (*Journal Officiel de la République Française*, 24 juillet 2008), adiciona al artículo 62 de la Constitución un nuevo párrafo a tenor del cual, una disposición declarada inconstitucional con fundamento en el nuevo artículo 61-1 (que introduce en la justicia constitucional francesa la excepción de inconstitucionalidad, correspondiendo su planteamiento al *Conseil d'État* o a la *Cour de cassation*) es abrogada a partir de la publicación de la decisión, si bien se faculta al *Conseil constitutionnel* a que fije en su decisión una fecha ulterior, y asimismo, a que determine «les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause».

II. En el no muy atinadamente llamado sistema europeo de justicia constitucional, con la referida excepción austriaca, no obstante la posición esbozada por Kelsen y quienes lo han seguido, contraria a ver en la inconstitucionalidad un vicio desencadenante de una nulidad *ipso iure*, la inconstitucionalidad ha ido tradicionalmente vinculada a la nulidad. Apenas un año después de que la *Corte Costituzionale* iniciara sus funciones, Liebman ponía de relieve con toda nitidez tal correlación al escribir: «In un sistema di costituzione rigida, una norma di legge che, per ragioni formali o sostanziali, sia con essa in contrasto, non può che essere nulla» (94). Esta nulidad fue comúnmente entendida en su sentido más radical, pudiéndose aplicar a la misma el conocido aforismo *quo nullum est, nullum produxit effectum*. De esta forma, en Europa, con carácter general, pareció seguirse fielmente la fórmula norteamericana de la nulidad *ipso iure* o *ab initio*, aunque más adelante veremos cómo también este principio dogmático presenta en Estados Unidos notables matices.

En Alemania, se ha admitido tradicionalmente (95) que cuando el legislador prevé la nulidad de la ley inconstitucional (así, en los arts. 78, 82.1 y 95.3 de la *BVerfGG*, este último precepto en relación con el instituto del *Verfassungsbeschwerde* o recurso de queja constitucional) no hace otra cosa que recepcionar la tradicional doctrina alemana («der traditionellen deutschen Lehre») según la cual, «ein verfassungswidriges Gesetz von Anfang an nichtig ist (*Ex-tunc-Wirkung*)» (una ley inconstitucional es nula desde un principio con eficacia *ex tunc*) (96). Ciertamente es que el artículo 78 de la Ley del Tri-

---

(94) Enrico Tullio LIEBMAN, «Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale», en *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XII, 1957, pp. 507 y ss.; en concreto, p. 512.

(95) Albrecht WEBER, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland», en Christian STARCK und Albrecht WEBER (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Teilband I (Berichte), 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 37 y ss.; en concreto, p. 60.

(96) Entre la doctrina foránea, un excelente conocedor de la justicia constitucional alemana como es D'Orazio ha escrito en la misma dirección: «... nell'ordinamento tedesco federale (come in quello degli Stati Uniti d'America) la legge incostituzionale, anche prima della sentenza, è considerata nulla *ab origine*». Giustino D'ORAZIO, «Il legislatore e l'efficacia temporale delle sentenze costituzionali (nuovi orizzonti o falsi miraggi?)», en *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 345 y ss.; en concreto, p. 365.

bunal Constitucional Federal (*BVerfGG*) se limita a disponer, que si el Tribunal llegare a la convicción («Kommt das Bundesverfassungsgericht zu der Überzeugung») de que una norma federal («Bundesrecht») es incompatible («unvereinbar ist») con la *Grundgesetz* o de que una norma regional («Landesrecht») lo es con la misma Ley Fundamental o con otras disposiciones del ordenamiento federal («sonstigen Bundesrecht»), declarará nula la ley («so erklärt es das Gesetz für nichtig»). La Ley no precisa cómo opera en el tiempo esta nulidad, aunque la doctrina no ha dudado nunca de que la nulidad se retrotrae al momento de creación de la norma y, por lo mismo, se define como nulidad *ex tunc* (97). Por lo demás, es significativa la determinación del artículo 79.1 *BVerfGG*, según el cual, cuando una sentencia condenatoria firme se base en una norma declarada incompatible con la *Grundgesetz*, o nula a tenor de lo dispuesto en el artículo 78 de la propia ley, o en una interpretación de la norma mencionada que haya sido declarada por el *BVerfG* incompatible con la Ley Fundamental («oder auf der Auslegung einer Norm beruht, die vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist»), procederá un recurso de revisión («Wiederaufnahme des Verfahrens») conforme a las prescripciones del Código de procedimiento penal («nach den Vorschriften der Strafprozessordnung zulässig»). El propio precepto, en su apartado dos, y en aras de la seguridad jurídica, precisa que, como regla general, no afectará la previsión anterior a las resoluciones que ya no sean impugnables («die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen»), aunque se basen en una norma declarada nula de conformidad con lo dispuesto por el artículo 78. Bien es verdad que, a renglón seguido, el mismo artículo 79.2 establece la matización de que no procederá la ejecución de aquéllas resoluciones («Die Vollstreckung aus einer solchen Entscheidung ist unzulässig»).

Las previsiones legales y la realidad no han ido siempre en Alemania cogidas de la mano. Tan distinta ha sido la realidad, que Schneider pudo escribir hace ya treinta años (98), que la posibilidad

---

(97) Análogamente, Hans LECHNER und Rüdiger ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006, p. 412.

(98) Hans-Peter SCHNEIDER, «Jurisdicción constitucional y separación de poderes», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5, mayo/agosto de 1982, pp. 35 y ss.; en concreto, p. 58.

del *BVerfG* de declarar la nulidad total o parcial de una ley inconstitucional cada vez se utilizaba menos en los últimos años, declarando tan sólo la nulidad de una norma legal el Tribunal si con ello lograba restablecer inmediatamente una situación de conformidad con la Constitución.

Ya aludimos antes a cómo las previsiones normativas no agotan la realidad jurídica con la que un Tribunal Constitucional ha de enfrentarse. Y de ello ha sido bien consciente el *BVerfG*, que, haciendo gala de una más que notable creatividad, y bien consciente, como significara la conocida Jueza integrante del mismo Rupp-v. Brünneck (99), de que sus sentencias no pueden limitarse a ofrecer «ideales teóricos constitucionales» («theoretischen Verfassungsidealen») sin tener en cuenta los posibles efectos de las mismas («ohne Rücksicht auf die Möglichen Wirkungen seines Urteils»): *fiat iustitia, pereat mundus!*, ha creado un notable elenco de técnicas decisorias sobre las que no podemos entrar aquí, pero de las que sí diremos que, al margen ya de orientarse en muchos casos a salvaguardar la libertad de configuración del legislador, revelan con particular nitidez que un órgano de esta naturaleza debe de tener muy presentes las consecuencias políticas de sus decisiones (100), y no sólo, añadiríamos por nuestra cuenta, las políticas, sino también las económicas y las sociales. Como dijera Krüger (101), es difícil imaginar que, según el sano criterio de la jurisdicción constitucional, se pueda disponer la posibilidad de condenar al Estado a su ruina en nombre del Derecho. Pero esto, que hoy nos resulta bastante obvio, no siempre lo fue así, pudiendo recordarse al respecto que el Tribunal Supremo del *Reich* (*Reichsgericht*) sostuvo la opinión de que poseía el derecho de resolver sin atender a las consecuencias prácticas de sus fallos.

---

(99) Wiltraut RUPP-v. BRÜNNECK, «Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber Appellieren?», en *Festschrift für Gebhard Müller* (Zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts), Herausgegeben von Theo Ritterspach und Willi Geiger, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1970, pp. 355 y ss.; en concreto, pp. 364-365.

(100) En similar sentido se pronuncia Klaus SCHLAICH, «El Tribunal Constitucional Federal Alemán», en *Tribunales Constitucionales y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 133 y ss.; en concreto, p. 201.

(101) Herbert KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1966, p. 620.

III. En Italia, a diferencia de Alemania, se suscitó una cierta controversia en torno a la cuestión que nos ocupa, particularmente en los años cincuenta. El artículo 136 de la Constitución fue el responsable de la misma (102), pues dio pie a Calamandrei para que, en un primer momento, se alineara de modo inequívoco en la dirección kelseniana (103). Es cierto, sin embargo, que años después el Profesor toscano cambió de criterio (104). El mismo Carnelutti se haría eco de las graves dificultades hermenéuticas que planteaba el precepto constitucional (105).

Bien es verdad que tras el debate inicial, la doctrina, de modo absolutamente mayoritario, se decantaba por la vinculación de la nu-

---

(102) A tenor del primer párrafo del artículo 136: «Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione».

(103) Atendiendo al artículo 136 de la Constitución, que en el momento en que escribía aún no había sido desarrollado por la importante Ley de 11 de marzo de 1953, núm. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), cuyo artículo 30, párrafo tercero, introducirá una relevante matización respecto de la citada previsión constitucional, Calamandrei, aun admitiendo la existencia de no pocas dificultades en la interpretación del artículo 136, ante la cuestión de si las leyes viciadas de ilegitimidad constitucional eran nulas o anulables, se inclinaba por la interpretación de que el control de legitimidad constitucional en el ordenamiento italiano se hallaba construido como control de anulación, no como control de nulidad. Recurriendo en su apoyo a Kelsen, Calamandrei añadía que la anulación de la ley ilegítima no tiene efecto retroactivo. Piero CALAMANDREI, «La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil», *op. cit.*, pp. 96 y 98.

(104) En 1956, atendiendo primigeniamente a la previsión del penúltimo párrafo del artículo 30 de la Ley de 11 de marzo de 1953, núm. 87 (a cuyo tenor: «Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione»), el gran procesalista italiano escribía: «In questo modo la dichiarazione di inefficacia *ex nunc*, come sembrava fosse chiaramente voluta dall'articolo 136 della Costituzione, è diventata un annullamento». Piero CALAMANDREI, «Corte costituzionale e autorità giudiziaria», en *Rivista di Diritto processuale*, Anno XI, Gennaio/Marzo 1956, pp. 7 y ss.; en concreto, p. 26.

(105) «Senonché l'annullamento, proprio perciò, implica l'inefficacia *ex tunc* dell'atto annullato; in altri termini ha logicamente effetto retroattivo. Perciò una costituzione, la quale, come avviene in Italia, fa decorrere l'inefficacia della legge, che la Corte costituzionale riconosce invalida, solo dal giorno successivo alla decisione, sembra contrastare all'ipotesi dell'annullamento. Questa è stata la difficoltà, che ha travagliato assai gli interpreti dell'articolo 136 della Costituzione italiana e costituisce, probabilmente, il più problematico degli aspetti dell'istituto». En tales términos se pronunciaba el gran maestro romano. Francesco CARNELUTTI: «Aspetti problematici del processo al legislatore», en *Rivista di Diritto processuale*, Anno XIV, n.º 1, Gennaio/Marzo 1959, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 6.

lidad a la ilegitimidad constitucional. Este efecto —escribía Sandulli en 1959(106)— consiste, como ya es claro tanto entre la doctrina como entre la jurisprudencia, en la total y definitiva eliminación del ordenamiento, no con efectos *ex nunc* sino *ex tunc*, de cualquier efecto de la norma declarada ilegítima; una vez declarada la ilegitimidad y, por tanto la invalidez, el ordenamiento no tolera que los efectos de la norma operen más allá en su sistema, y le hace perder toda su eficacia, «si tratta, in sostanza, di un vero e proprio effetto di annullamento».

Este supuesto radical efecto de nulidad no iba, sin embargo, a ser tan rotundo como pudieran hacer pensar las afirmaciones de los autores que preceden. La *Corte Costituzionale* lo iba a dejar muy claro en el Informe presentado, bajo la directa responsabilidad de la propia Corte, en la 7.<sup>a</sup> Conferencia de Tribunales Constitucionales europeos, celebrada en Lisboa en 1987. En el mismo se hacía eco del hecho de que aunque la misma Corte, en más de una ocasión (así, por ejemplo, en la Sentencia núm. 127, de 1966), había calificado el efecto de sus decisiones en términos de anulación de la norma censurada, no había extraído de ello, sin embargo, la consecuencia de la caducidad radical de las relaciones jurídicas ya surgidas en aplicación de la norma, por lo que se inclinaba por no visualizar los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad ni desde la perspectiva de la abrogación, ni desde la óptica de la «nulidad inicial» (*void ab initio*), sino más bien desde su contemplación como un «tipo intermedio» entre estos dos casos extremos (abrogación y nulidad)(107).

Es claro, pues, que aunque no con la nitidez del modelo alemán, también en Italia la fórmula prevalente se ha alejado enormemente de la acuñada por Kelsen, aunque con el paso del tiempo la enorme creatividad de la *Corte Costituzionale* se ha traducido en una ruptura con las reglas rígidas antaño características de los dos sistemas

---

(106) Aldo M. SANDULLI, «Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi», en *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, Anno IX, 1959, pp. 23 y ss.; en concreto, pp. 41-42.

(107) «Cour constitutionnelle italienne» (artículo sin ninguna referencia a la autoría, de responsabilidad directa de la propia *Corte Costituzionale*), en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, III, 1987, pp. 165 y ss.; en concreto, pp. 172-173.

contrapuestos. En efecto, el juez constitucional transalpino ha creado algunos tipos de sentencias, ya parcialmente mencionados con anterioridad, que no obstante declarar la inconstitucionalidad de la norma, no han extraído de tal constatación su nulidad. Las sentencias aditivas de principio constituirían un ejemplo paradigmático. La falta de inmediata operatividad jurídica y el reenvío al legislador que llevan a cabo serían sus dos rasgos característicos (108), que en buena medida se explican por el hecho de ser supuestos característicos de este tipo de decisiones los de violación de normas constitucionales atributivas de derechos prestacionales. Junto a ellas han de recordarse las ya mencionadas *sentenze-monito*, que a nuestro entender presentan algunas concomitancias con las acuñadas en Alemania, esto es, con las *Unvereinbarkeitserklärungen*, aunque falte aquí, evidentemente, la constatación formal de la inconstitucionalidad.

En definitiva, la separación del diseño italiano del modelo kelseniano en este punto es igualmente palmaria. También en Italia se puede hablar, como regla general, que por supuesto admite excepciones, de los efectos *ex tunc* de las sentencias de inconstitucionalidad. Hace tres lustros se podía constatar (109), que era absolutamente pacífico en la doctrina y en la jurisprudencia que la disposición declarada inconstitucional no podía aplicarse en procesos futuros, en el juicio *a quo ni* en los pendientes, con excepción solamente de las relaciones ya agotadas, esto es, las relativas a decisiones jurisdiccionales o bien a actos que, habiendo aplicado la disposición declarada constitucionalmente ilegítima, se hubiesen convertido en definitivos al adquirir firmeza o no ser susceptibles de recurso alguno. De modo semejante, Ruggeri y Spadaro afirman que «le decisioni di accoglimento hanno invece, oltre ad ovvî effetti per il futuro (*ex nunc*), anche notevoli, ma non assoluti effetti per il passato (*ex tunc*)» (110).

---

(108) Cfr. al respecto, Adele ANZON, «Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale», en *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XXXVII, Fasc. 4, Luglio/Agosto 1992, pp. 3199 y ss.; en concreto, p. 3203.

(109) Roberto ROMBOLI, «Italia», en Eliseo AJA (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Editorial Ariel, Barcelona, 1998, pp. 89 y ss.; en concreto, p. 118.

(110) Antonio RUGGERI e Antonino SPADARO, *Lineamenti di Giustizia Costituzionale*, 2.<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino, 2001, p. 189.

IV. En España, el proceso evolutivo seguido por el Tribunal Constitucional recuerda el acontecido en la República Federal con el *BVerfG*, aunque el ritmo del juez constitucional español haya sido más lento en sus avances en la desvinculación, en determinados casos, de la inconstitucionalidad del efecto de nulidad.

En cualquier caso, la situación no difiere gran cosa de la existente en Alemania e Italia. La Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional (LOTC), no obstante anudar la nulidad a los preceptos legales declarados inconstitucionales (art. 39.1), no acoge ni mucho menos un principio de retroactividad sin límites, pues aunque tal retroactividad se infiere de una interpretación *a sensu contrario* de su artículo 40.1 («Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad»), lo cierto es que el principio de retroactividad tiene como barrera infranqueable (al margen ya de la retroactividad *in bonum partem*) las relaciones ya agotadas, lo que, en último término, entraña, como significara Barile (111), que la regla fundamental del Derecho procesal, *tempus regit actum*, se haga presente como regla sustantiva en las relaciones ya agotadas. Ello, por lo demás, está lejos de ser extraño, pues la teoría de la nulidad de los actos, aún entrañando la desaparición de los efectos jurídicos producidos por el acto nulo, nunca es tan radical como para privar de todo efecto a cualquier relación jurídica surgida al amparo del acto legislativo presuntamente válido cualquiera que fuere la situación jurídica en que tal relación se encontrare. De ahí que las situaciones agotadas, consolidadas por medio de una sentencia con fuerza de cosa juzgada (*res judicata*), en aras del trascen-

---

(111) Paolo BARILE, «Considerazione sul tema», en *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del Seminario di Studi tenuti al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988), Giuffrè Editore, Milano, 1989, pp. 327 y ss.; en concreto, p. 331.

dental principio de la seguridad jurídica, quedan al margen de todo efecto retroactivo, a salvo, claro es, la retroactividad *in bonum*. El Tribunal Constitucional, por si cupiese alguna duda, se ha encargado de precisar que esa nulidad que se anuda a la inconstitucionalidad de una norma no es otra que la nulidad *ab initio*. El juez constitucional ha tenido ocasión de recordar, que la inconstitucionalidad desencadena los efectos propios de la nulidad *a radice* (112) o de la invalidez de la norma *ex origine* (113).

El planteamiento ante el Tribunal de asuntos cuya resolución entrañaba una especial complejidad le iba a llevar a modular, progresivamente, los efectos de sus decisiones. Sería la Sentencia 45/1989 la que marcaría un decisivo punto de inflexión en torno a esta cuestión. El Tribunal abordaba en ella la posible inconstitucionalidad de la tributación conjunta para los miembros de un matrimonio exigida por la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, entendiendo que lo que resultaba constitucionalmente ilegítimo no era la sujeción conjunta al impuesto, sino el hecho de que la carga tributaria que pesaba sobre una persona integrada en una unidad familiar fuere mayor que la correspondiente a otro contribuyente con idéntico nivel de renta, pero no integrado en una unidad de este género.

Al tratar de discernir los efectos de su decisión, el Tribunal se iba a plantear por primera vez con algún detenimiento la posibilidad de romper la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad (114). A su juicio, «ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es (...) siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley (afirmación, dicho sea al margen, por entero inexacta, bastando para constatarlo con atender al artículo 40.1 LOTC), que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento». A partir de aquí, el Juez constitucional considera que la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón

---

(112) Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 83/1984, de 24 de julio, FJ 5.º

(113) STC 60/1986, de 20 de mayo, FJ 1.º

(114) El planteamiento del problema puede verse en la STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11.

de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna, sino en su omisión. El Tribunal estima además, que la sanción de nulidad, como medida estrictamente negativa, es manifiestamente incapaz para reordenar el régimen del Impuesto sobre la Renta en términos compatibles con la Constitución. Por todo ello, concluye que le cumple al legislador, a partir de la propia sentencia, llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto, sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa.

Con posterioridad, se han sucedido sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad, sentencias que limitan temporalmente la eficacia de las declaraciones de inconstitucionalidad o incluso que difieren en el tiempo la nulidad, optando de este modo por una *vacatio sententiae*.

V. Análoga es la solución que se ha seguido en Bélgica, donde la *Cour d'Arbitrage* ha recordado en diversas ocasiones el doble alcance temporal de sus sentencias: «Les arrêts d'annulation rendus par la Cour ont autorité absolue de chose jugée à partir de leur publication au *Moniteur belge*. L'annulation a, par ailleurs, effet rétroactif, ce qui implique que la norme annulée, ou la partie annulée de la norme, doit être considérée comme n'ayant jamais existée» (115).

En fin, en Portugal, la propia Constitución es inequívoca en la determinación de los efectos *ex tunc*. A tenor de su artículo 282.1, la declaración de inconstitucionalidad o de ilegalidad con fuerza general de obligar produce efectos desde la entrada en vigor de la norma declarada inconstitucional o ilegal y conlleva el restablecimiento de las normas eventualmente derogadas por aquélla. Ello no obstante, en aras de la flexibilidad a la que con anterioridad aludíamos, el propio precepto, en su apartado cuarto, habilita al Tribunal Constitucional, cuando lo exijan la seguridad jurídica, razones de equidad o un interés público de excepcional importancia, para, motivadamente, fijar los efectos de la inconstitucionalidad o ilegalidad con un alcance más restringido que el anteriormente señalado.

---

(115) *Apud* Henri SIMONART, «Le contrôle exercé par la Cour d'Arbitrage», en *La Cour d'Arbitrage (Actualité et Perspectives)*, Bruylant, Bruxelles, 1988, pp. 121 y ss.; en concreto, p. 191.

En resumen, tras todo lo expuesto no nos parece necesario insistir en que, con la salvedad austriaca, que incluso admite algún matiz, la fórmula kelseniana apenas ha encontrado eco en la justicia constitucional europea, en la que ha prevalecido la idea de la nulidad *ex origine* de la norma considerada inconstitucional, con el subsiguiente reconocimiento de la naturaleza declarativa de la sentencia de inconstitucionalidad y de los efectos *ex tunc*. Pero, como también creemos que debe de haber quedado claro, tampoco este entendimiento puede ser absolutizado, pues la retroactividad en modo alguno opera sin límites, encontrando con carácter general como barrera insalvable las relaciones agotadas, que ya no pueden por lo mismo ser objeto de impugnación alguna, con la única salvedad a su vez (en el ámbito penal o administrativo sancionador) de la retroactividad *in bonum partem*. Hoy, resulta patente la inconveniencia de una aplicación rígida de estrictas categorías dogmáticas en lo que se refiere a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad. Que un Tribunal Constitucional no puede desinteresarse de los efectos de sus sentencias es algo que está fuera de toda duda. «La Corte —ha escrito Zagrebelsky (116)— non può disinteressarsi degli effetti delle pronunce di incostituzionalità, quando queste possono determinare conseguenze sconvolgenti (...). In tali casi, essa non può mirare puramente e semplicemente —cioè ciecamente— all'eliminazione della legge incostituzionale, per il passato come per il futuro. L'etica della responsabilità esige da essa questa attenzione».

No faltan sectores de la doctrina que expresan su preocupación por este desmedido protagonismo de los Tribunales Constitucionales en orden a la solución de los problemas de Derecho intertemporal planteados por las sentencias de inconstitucionalidad. Atribuir a estos órganos un rol excesivamente «fuerte» en el sistema puede desembocar en el puro arbitrio del juez constitucional. No puede caber duda, por supuesto, de que pueden derivarse inconvenientes del hecho de que un órgano de esta naturaleza pueda graduar la eficacia temporal de sus sentencias, pero no menos inconveniencias e incluso

---

(116) Gustavo ZAGREBELSKY, «Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce», en *Quaderni Costituzionali*, Anno IX, núm. 1 (monográfico sobre «L'efficacia temporale delle sentenze della Corte»), Aprile 1989, pp. 67 y ss.; en concreto, p. 70.

disfunciones pueden desprenderse del hecho de que no lo pueda hacer (117). El Tribunal Constitucional, a nuestro entender, debe poder graduar los efectos de sus sentencias de inconstitucionalidad, y ello no sólo para acomodarlos a las consecuencias que puedan derivarse de ellas, a fin de soslayar los efectos dañinos, sino para poder asimismo modularlos en función de la previa ponderación de los principios, bienes y valores constitucionales en juego.

En cualquier caso, que en este ámbito los binomios de Calamandrei valen muy poco como elemento diferencial entre los dos sistemas es algo tan obvio que no merece de mayores reflexiones.

### c) *La prospective overruling* en el sistema norteamericano

I. La relativización de las diferencias advertidas en esta cuestión por Calamandrei, que es clarísima en el caso del sistema europeo, también puede visualizarse, en menor medida si se quiere, en el sistema norteamericano, en el que existen elementos con los que establecer ciertas matizaciones respecto del que se ha venido considerando el dogma de la nulidad *ipso iure* («void *ab initio*»), deudora, sin género alguno de dudas (118), de la «declaratory theory of judicial decisions».

La tesis tradicional hunde sus raíces en el pensamiento de Blackstone, cuyos célebres *Commentaries* (119) vinieron a ofrecer la clásica formulación y a sustentar y aclarar su justificación intelectual. Bien es verdad que no faltan quienes retrotraen esta doctrina a la etapa de la *Glorious Revolution* (1688), entendiendo que en ella se

---

(117) En sentido análogo, Sergio FOIS, «Il problema degli effetti temporali alla luce delle fonti sul processo costituzionale», en *Quaderni Costituzionali*, Anno IX, núm. 1, Aprile 1989, pp. 27 y ss.; en concreto, p. 29.

(118) En tal sentido, entre otros muchos, Paul J. MISHKIN, «The Supreme Court 1964 Term. Foreword: The High Court, the Great Writ, and the Due Process of Time and Law», en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. 79, 1965-1966, pp. 56 y ss.; en particular, pp. 58 y ss.

(119) William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* (A Facsimile of the First Edition of 1765-1769), 4 vols., The University of Chicago Press, Chicago & London, 1979.

desarrolló el principio del «government of laws not of men», principio del que la doctrina del precedente sería una expresión consciente o inconsciente (120). En tales tiempos, los jueces tuvieron necesidad de demostrar que ellos también seguían el Derecho antes que su mero arbitrio, y la regla *stare decisis* se adecuaba perfectamente a esa necesidad. A los jueces también les eran necesarias las reservas («reservations») con respecto al efecto vinculante de los casos decididos. Estas necesidades iban a quedar sustentadas en la *declaratory theory*, que de acuerdo con Sir William Holdsworth (121) y gran parte de la doctrina inglesa (122), iba a ser consagrada, entre otros, por Coke, Hale y, sobre todo, por Blackstone. En síntesis, de conformidad con esta doctrina, las decisiones de los jueces nunca crean Derecho, sino que, simplemente, constituyen una prueba de lo que es el Derecho.

El argumento de Blackstone era bastante simple. El deber de un tribunal no era «pronounce a new law, but to maintain and expound the old one». En coherencia con ello, al decidir un caso litigioso se entendía que el juez venía obligado a declarar el Derecho existente al originarse la controversia y a proclamarlo como el principio determinante del caso. De la «declaratory nature» de la decisión judicial, Blackstone derivó la necesidad de que la decisión tuviera efecto retroactivo (*retrospective effect*). Si la decisión interpretaba el Derecho, entonces no hacía más que declarar lo que el Derecho siempre había sido. Si, por el contrario, llegaba a considerar necesario anular la primera interpretación, esto es, el precedente, era igualmente claro para Blackstone que la *overruling decision* no hacía más que declarar el Derecho, aunque quizá de un modo más meditado. En el lenguaje que a Blackstone gustaba utilizar, podría decirse que la primera decisión había sido tan sólo «an evidence» del Derecho cuyo posterior desarrollo la convertía en «an erroneous evidence».

---

(120) Orvill C. SNYDER, «Retrospective Operation of Overruling Decisions», en *Illinois Law Review (Ill. L. Rev.)* (of Northwestern University), vol. XXXV, 1940-1941, pp. 121 y ss.; en concreto, p. 123.

(121) William HOLDSWORTH, «Case Law», en *The Law Quarterly Review (L. Q. Rev.)*, vol. 50, 1934, pp. 180 y ss.; en concreto, p. 184.

(122) Entre otros diversos autores, Rupert CROSS y J. W. HARRIS, *Precedent in English Law*, 4<sup>th</sup> edition, Clarendon Press, Oxford, 2004, p. 25.

En un famosísimo pasaje de su obra, Blackstone se interrogaba acerca de cómo las costumbres y máximas del *common law* podían ser conocidas y por quién sería determinada su validez. Su respuesta era que tal tarea correspondía a los jueces de los diferentes tribunales de justicia, a quienes consideraba «the depositary of the laws; the living oracles, who must decide in all cases of doubt, and who are bound by an oath to decide according to the law of the land». Su conocimiento de ese Derecho derivaba de la experiencia y del estudio, para añadir poco después: «And indeed these judicial decisions are the principal and most authoritative evidence, that can be given, of the existence of such a custom as shall form a part of the common law» (123). Esto dicho, Blackstone reconoce que la regla expuesta admite excepciones, razonando al respecto del siguiente modo: «Yet this rule admits of exception, where the former determination is most evidently contrary to reason, much more if it be contrary to the divine law. But even in such cases the subsequent judges do not pretend to make a new law, but to vindicate the old one from misrepresentation. For if it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was *bad law*, but that it was *not law*; that is, that it is not the established custom of the realm, as has been erroneously determined» (124).

La explicación clásica del efecto retroactivo del precedente judicial articulada por Blackstone iba a residir, pues, en la consideración de que el Derecho existe con independencia de las decisiones judiciales, visión ésta que llegaría a tener, según el gran *Justice* Holmes, una verdadera omnipresencia en el mundo jurídico americano (125). La exigencia de retroactividad, o lo que es igual, los efectos *ex tunc*, sería vista así como una inexcusable consecuencia de la teoría de que la facultad propia de los tribunales se hallaba limitada a la declaración del Derecho preexistente, no extendiéndose a la creación

---

(123) William BLACKSTONE, *Commentaries...*, *op. cit.*, vol. I (Of the Rights of Persons, 1765), p. 69.

(124) *Ibidem*, vol. I, pp. 69-70.

(125) *Apud* Thomas S. CURRIER, «Time and Change in Judge-made law: Prospective Overruling», en *Virginia Law Review* (*Va. L. Rev.*), vol. 51, No. 2, March, 1965, pp. 201 y ss.; en concreto, p. 206.

de nuevo Derecho. De esta forma, el dogma de la nulidad *ab initio* encontraba su explicación.

En Norteamérica, la *declaratory theory* arraigó fuertemente, visualizándose como parte de un ideal tradicional, como un elemento integrante de los modos habituales del pensamiento; también contribuiría a su enraizamiento la dificultad casi insuperable de probar que los jueces hacían el Derecho, y el hecho de que en cualquier sistema jurídico que en un previsible futuro pudiera tenerse, el factor del precedente judicial se iba a hallar presente. Bien es verdad que la doctrina del precedente no dejaba de encerrar serios peligros, siendo quizá el más preocupante de ellos, el de que la misma podía conducir a los tribunales a perpetuar reglas arcaicas o a hacer una multiplicidad de distinciones sin ningún sentido que los propios tribunales revocaban en ocasiones de modo inconsciente, y todo ello al margen ya de que principios tales como el de justicia y el de confianza justificaban, en ocasiones, el establecimiento de excepciones frente al efecto retroactivo.

En cualquier caso, lo cierto iba a ser que el pensamiento jurídico norteamericano iba a hallarse dominado durante mucho tiempo por el persistente influjo de la obra del Profesor de Oxford, plasmada en los célebres *Commentaries*, que ejercería un enorme influjo durante más de un siglo. El gran Decano de Harvard, Roscoe Pound (126), recordaba al respecto, que alrededor de 2500 ejemplares de la obra fueron vendidos en las colonias con anterioridad a la Independencia, añadiendo que «Blackstone was the beginner's law book in America till well into the twentieth century and brought up generations of American lawyers on a uniform systematic basis».

La *declaratory theory* quedó reflejada en la doctrina establecida en el caso *Swift v. Tyson* (1842), en el que otro enorme *Justice*, Joseph Story, razonaba del siguiente modo: *decisions* «are, at most, only evidence of what the laws are, and not of themselves laws (...). The state tribunals are called upon to perform like functions

---

(126) ROSCOE POUND, «The Development of American Law and its Deviation from English Law», en *The Law Quarterly Review (L. Q. Rev.)*, vol. 67, January 1951, pp. 49 y ss.; en concreto, p. 51.

as ourselves, that is, to ascertain upon general reasoning and legal analogies, what is the true exposition of the contract or instrument, or what is the just rule furnished by the principles of commercial law to govern the case». Con todo, como suele admitirse por la doctrina (127), la declaración clásica de que una decisión que determine el sentido de la Constitución debe ser retroactiva aun cuando se trate de una «*overruling decision*», se encuentra en el caso *Norton v. Shelby County* (1886). En *Norton*, el Justice Stephen Johnson Field (miembro de la Corte entre 1863 y 1897) rechazaba el argumento de que una ley estatal considerada inconstitucional pudiera sin embargo dar validez a las actuaciones oficiales adoptadas al amparo del texto legal con anterioridad al anuncio de su inconstitucionalidad. «An unconstitutional act — se puede leer en la sentencia — is not a law; it confers no right; it imposes no duties; it affords no protection; it creates no office; it is, in legal contemplation, as inoperative as though it had never been passed». De este modo, la *Supreme Court* rechazaba la interpretación de que, por la vía fáctica, actos realizados con base en una ley aún no declarada disconforme con la Constitución, aunque con posterioridad así se considerara, pudieran entenderse válidos.

En cualquier caso, sería ilusorio pensar que todavía hacia finales del siglo XIX los tribunales americanos mantenían una posición común, en la órbita blackstoniana, acerca de esta cuestión. Uno de los autores clásicos en el estudio del tema de los efectos atribuibles a las leyes inconstitucionales, Oliver Field (128), en un conocido trabajo, ponía de relieve hace ya cerca de noventa años, que los tribunales norteamericanos se hallaban bien lejos de una posición común en torno a esta cuestión. «It must not be imagined (...) — escribía Field (129) — that all of our courts are in agreement as to the effect of unconstitutionality».

---

(127) Así, por ejemplo, Paul BENDER, «The Retroactive Effect of an Overruling Constitutional Decision: *Mapp v. Ohio*», en *University of Pennsylvania Law Review* (*U. Pa. L. Rev.*), vol. 110, 1961-1962, pp. 650 y ss.; en concreto, pp. 650-651.

(128) Cfr. al respecto, Oliver P. FIELD, *The Effect of an Unconstitutional Statute*, Da Capo Press, New York, 1971 (an unabridged republication of the first edition published by the University of Minnesota Press, Minneapolis, 1935).

(129) Oliver P. FIELD, «Effect of an unconstitutional statute», en *Indiana Law Journal* (*Ind. L. J.*), vol. 1, No. 1, January, 1926, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 4.

II. La doctrina subyacente a la argumentación precedente, de estricta raigambre blackstoniana, de que el *common law* era meramente «a declaration of general custom by the judges» (130), iba a ser fuertemente criticada por Bentham y Austin, y entrado el siglo xx se constataba (131) que la misma contaba con muy pocos adeptos.

Frente a Blackstone, Austin (1790-1859), en sus *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, se separaba de una concepción puramente mecanicista del *common law*. Austin diferenciaría los mandatos generales que integran la legislación, establecidos de forma directa, de aquellos otros establecidos con ocasión de las decisiones judiciales, que no son mandatos generales, sino particulares (132), si bien, con ocasión de tales decisiones, también se formula de forma implícita el mandato general en que se inspira la decisión (133). Austin, en definitiva, vendría a propiciar el reconocimiento de una cierta creatividad del Derecho judicial, o como dice Mishkin (134), Austin posibilitaría el reconocimiento de que los jueces desarrollan «a lawmaking function».

Apenas veinte años después de la *Norton decision*, en el que, no obstante no provenir de la Corte Suprema, se ha considerado el *leading case* en oposición a *Norton*, esto es, en el caso *Lang v. Mayor*

---

(130) Recordemos que, para Blackstone, estas *general customs*, que integraban el *common law* propiamente dicho (aunque Blackstone admitiera asimismo como integrantes de ese «unwritten or common law», las «particular customs» y ciertos tipos de leyes que por costumbre son adoptadas y usadas por algunos tribunales concretos), eran «that law, by which proceedings and determinations in the king's ordinary courts of justice are guided and directed». William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, *op. cit.*, vol. I (Of the Rights of Persons, 1765), pp. 67-68.

(131) A. L. GOODHART, «Precedent in English and Continental Law», en *The Law Quarterly Review (L. Q. Rev.)*, vol. 50, January, 1934, pp. 40 y ss.; en concreto, p. 44.

(132) En su famoso ensayo *On the Uses of the Study of Jurisprudence*, Austin ya distinguía entre el Derecho que procede directamente de un soberano o legislador superior, y el Derecho que procede directamente de un súbdito o de un creador de Derecho subordinado, al que presta autoridad un legislador soberano o supremo. Cfr. al efecto, John AUSTIN, *Sobre la utilidad del Estudio de la jurisprudencia*, CEC, Madrid, 1981, pp. 27-28. Asimismo, *El objeto de la jurisprudencia*, CEPC, Madrid, 2002.

(133) Cfr. al respecto, Rafael HERNÁNDEZ MARÍN, *Historia de la Filosofía del Derecho contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 204-205.

(134) Paul J. MISHKIN, «The High Court, the Great Writ, and the Due Process of Time and Law», *op. cit.*, p. 58.

*of Bayonee* (1907), se sostenía: «Every law of the Legislature, however repugnant to the Constitution, has not only the appearance and semblance of authority, but the force of law». Otros casos análogos pueden ser traídos a colación. Y todo ello iba a conducir a Field a considerar que también existía la doctrina de que «a statute which is declared unconstitutional is inoperative only from the time of the decision and not from the time of its purported enactment» (135).

La conclusión de todo ello era clara para Field: hay algunas situaciones en las que los tribunales están dispuestos a seguir la «*void ab initio* doctrine», si bien las mismas no son muy numerosas. Hay, por el contrario, otro grupo de situaciones en las que «all courts refuse to adhere to the doctrine that the statute is void from the beginning». De resultas de todo ello no puede sino concluirse en que «es imposible establecer la regla general de que una ley inconstitucional es nula, o que debe ser tratada como si no fuera Derecho («as no law»»). Como una cuestión de hecho, hay tantos o más casos y tantas o más situaciones en los que los tribunales consideran la ley inoperativa solamente desde la fecha de su decisión, como los hay en que consideran tal ley nula desde el principio (136).

Esta posición no iba a ser, desde luego, pacífica entre la doctrina, no obstante provenir quizá del más cualificado estudioso del tema. El propio Field admitía (137) la persistencia con la que eminentes escritores se aferraban al punto de vista de que las leyes inconstitucionales eran nulas desde el inicio (*void ab initio*), mencionando específicamente la conocida obra de Cooley, *Constitutional Limitations*.

En cualquier caso, parece fuera de toda duda, que la blackstoniana visión de la «judicial decision-making» iba a ser progresivamente rechazada. Y así, ese enorme Juez que fue Oliver Wendell Holmes, en un conocido *dissent* formulado en el *Black and White Taxicab case* (1928) (138), se mostraba disconforme con la doctrina estable-

---

(135) Oliver P. FIELD, «Effect of an unconstitutional statute», *op. cit.*, p. 5.

(136) *Ibidem*, pp. 12-13.

(137) *Ibidem*, p. 15.

(138) *Black and White Taxicab & Transfer Co. v. Brown & Yellow Taxicab & Transfer Co.* (1928).

cida en el caso *Swift v. Tyson*, doctrina cuya lógica, como el propio Justice Holmes había reconocido en otra *dissenting opinion*, la formulada en el caso *Kuhn v. Fairmont Coal Co.* (1910), chocaba con el otorgamiento a una decisión judicial de un efecto tan sólo *ex nunc* o *pro futuro* (139). La oposición de Holmes a la doctrina fijada en *Swift v. Tyson* se entrelazaba con su crítica frente a la *declaratory theory*.

Otro bien conocido Justice, Benjamin Nathan Cardozo, ha sido considerado «the major advocate of prospective overruling» (140). Ya en 1921, antes de acceder a la *Supreme Court* (a la que llegaría en marzo de 1932, en sustitución justamente del Juez Holmes, permaneciendo en ella hasta el año de su muerte, 1938), en su clásica obra *The nature of the judicial process*, escribía Cardozo, que en la mayor parte de los casos el «retrospective effect of judge-made law» no ocasionaba dificultades o, por lo menos, éstas eran de índole menor; sin embargo, siendo mayores tales dificultades o siendo innecesarias, el efecto retroactivo debía ser negado (141). La opinión de Cardozo concordaba con la posición que algunos años antes había expuesto Freeman, partidario de que en aquellos casos en que los tribunales se vieran implicados por las dificultades causadas por la retroactividad de una *overruling decision*, pudieran ser capaces de enfrentarse a su responsabilidad de «eliminar la influencia de un mal precedente» (142). Cardozo coincidiría asimismo con Freeman en la apreciación de que los tribunales se hallaban mejor dispuestos a eliminar la retroactividad en los casos de un cambio en la interpretación de una ley que en aquellos otros de una modificación del *common law*.

---

(139) En su *dissent* en el caso *Kuhn v. Fairmont Coal Co.*, Holmes escribía: «I know of no authority in this court to say that in general state decisions shall make law only for the future. Judicial decisions have had retrospective operation for near a thousand years». Apud John F. DAVIS and William L. REYNOLDS, «Juridical cripples: plurality opinions in the Supreme Court», en *Duke Law Journal (Duke L. J.)*, vol. 1974, 1974, pp. 59 y ss.; en concreto, p. 67, nota 30.

(140) Apud YALE-NOTE, «Prospective and Retroactive Application in the Federal Courts», en *Yale Law Journal (Yale L. J.)*, Vol. 71, 1961-1962, pp. 907 y ss.; en concreto, p. 911.

(141) Benjamin N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, 27<sup>th</sup> printing (first published 1921), Yale University Press, New Haven and London, 1967, pp. 146-147.

(142) Robert Hill FREEMAN, «The Protection Afforded Against the Retroactive Operation of an Overruling Decision», en *Columbia Law Review (Colum. L. Rev.)*, vol. 18, 1918, pp. 230 y ss.; en concreto, p. 251.

Recuerda Levy (143), que en enero de 1932, siendo todavía miembro (en realidad *Chief Judge*) de la *New York Court of Appeals*, Cardozo pronunció una importante conferencia en la «New York State Bar Association» en la que se adhirió a la tesis de la *prospective overruling*. No ha de extrañar por tanto, que ese mismo año 1932, ya incorporado a la *Supreme Court* y encargado de escribir la *opinion of the Court* en el relevante *Sunburst case* (144), Cardozo diera a la «prospective limitation» un considerable empuje. La Corte Suprema de Montana había considerado previamente, en *Doney v. Northern Pacific Railway* (1921), que en la reducción de tarifas del comercio interior de mercancías acordada por la «State Railroad Commission», a los transportistas que habían pagado la antigua tarifa, de conformidad con las tarifas de ferrocarriles hechas públicas tras su aprobación por la Comisión, la ley les concedía el derecho a recuperar el exceso tarifario que habían realizado en sus pagos. En *Sunburst*, la Corte de Montana anuló la *Doney decision*, entendiendo ahora que la ley no creaba aquel derecho. Recurriendo al «prospective limitation approach», el supremo Tribunal de Montana consideró que la «Doney rule» debía ser aplicada al *Sunburst case* y a otros contratos de transporte concertados en la confianza de lo establecido por la *Doney decision*. De esta manera, a *Sunburst* se le permitió recuperar el exceso de pago realizado. Sin embargo, la Corte de Montana precisó que esta interpretación no sería seguida en el futuro, anunciando que sólo los contratos hechos con posterioridad se verían beneficiados por el cambio legal. La *Supreme Court*, por su parte, consideró que el ferrocarril no había sido privado de su propiedad por el tribunal de Montana sin el debido respeto al «due process of law». Cardozo vino a expresar el punto de vista de que el alcance de los límites a la adhesión al precedente era una materia que los Estados habían de decidir por sí mismos.

El progresivo impacto de la tesis austiniana no podía dejar de incidir sobre los efectos temporales de las sentencias, pues si éstas podían innovar, creando de esta forma Derecho, las situaciones ante-

---

(143) Beryl Harold LEVY, «Realist Jurisprudence and Prospective Overruling», en *University of Pennsylvania Law Review* (*U. Pa. L. Rev.*), vol. 109, No. 1, November, 1960, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 12.

(144) *Great Northern Railway v. Sunburst Oil & Refining Co.* (1932).

riores ajenas a la *litis* debían de ser tenidas en cuenta. Se explica así que en 1940 el *Chief Justice* Charles Evans Hughes, en una sentencia unánime de la Corte redactada por él mismo, en el caso *Chicot County Drainage Dist. v. Baxter State Bank*, considerara la situación normativa anterior a la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad como un «operative fact» que no podía ser ignorado (145). En este caso, un tribunal federal de distrito había pronunciado una sentencia de conformidad con una ley antes de que ésta fuera tachada de inconstitucional. La *Supreme Court* consideró que el asunto de la decisión del tribunal de distrito era *res judicata*. La confianza de las partes en un «overruled federal law», probablemente, proporcionaría también un argumento para negar la aplicación retroactiva de una «overruling decision» en tales circunstancias. Parecen, pues, existir límites potenciales respecto de la aplicación retroactiva de «overruling constitutional decisions». El problema, como fácilmente puede entreverse, es el de determinar en cada caso si hay razones para imponer un límite a la retroactividad. Y como señala Bender (146), la *Chicot County decision* sugiere que la confianza y la *res judicata* no son las únicas razones que pueden ser consideradas como apremiantes en orden a limitar la retroactividad.

Mediado el pasado siglo, la reacción frente a una inflexible aplicación del Derecho había incrementado el número de críticos que hasta ese momento se posicionaban en pro del abandono de la regla

---

(145) En la sentencia podía leerse lo siguiente: «It is quite clear (...) that such broad statements as to the effect of a determination of unconstitutionality must be taken with qualifications. The actual existence of a statute prior to such a determination, is *an operative fact* and may have consequences which cannot justly be ignored. The past cannot always be erased by a new judicial declaration. The effect of the subsequent ruling as to invalidity may have to be considered in various aspects — with respect to particular relations, individual and corporate, and particular conduct, private and official. Questions of rights claimed to have become vested, of status, or prior determinations deemed to have finality and acted upon accordingly, of public policy in the light of the nature both of the statute and of its previous application, demand examination. These questions are among the most difficult of those which have engaged the attention of courts, state and federal, and it is manifest from numerous decisions that an all-inclusive statement of a principle of absolute retroactivity invalidity cannot be justified». *Apud* Paul BENDER, «The Retroactive Effect of an Overruling Constitutional Decision...», *op. cit.*, pp. 651-652.

(146) Paul BENDER, «The Retroactive Effect of an Overruling Constitutional Decision...», *op. cit.*, p. 653.

*stare decisis*. Así, para Covington (147), el *judiciary* debía quitarse de encima el viejo polvo acumulado de la ficción y de un seguimiento a ciegas del precedente, considerando en su lugar como su deber primigenio la máxima tan claramente impresa en cada página de cualquier decisión que ha sobrevivido a lo largo del tiempo: *fiat justitia, ruat coelum*. Llegado el caso, a los tribunales les debía corresponder restringir sus decisiones, de modo similar a cómo pueden utilizarse ciertos billetes de tren, que tan sólo son válidos para una determinada fecha y tren («railroad ticket, good for this day and train only»). La reiteración final por Covington del adagio latino («Let justice be done though the heavens fall») no hacía más que poner de relieve su inequívoca opción en pro de la relativización de la *declaratory theory* y de sus consecuencias anexas (148).

No lejana a estas inquietudes era la preocupación que algunos años más tarde iba a mostrar un autor tan relevante como el Profesor de la Universidad de California en Los Ángeles (UCLA), James Allan Grant, quien señalaba como un defecto inherente al sistema americano de la *judicial review* la inseguridad resultante del hecho de que, por lo general, las decisiones de los tribunales sobre ámbitos materiales constitucionales tenían efectos retroactivos. «Consequently —añadía Grant (149)— in order to know the law of today one must be able to divine the decisions of tomorrow—or of several years hence».

III. En los años sesenta, la *Supreme Court* iba a establecer una serie de reglas jurisprudenciales relativamente novedosas en lo que a los efectos temporales de las sentencias atañe (150). Particular importancia tendría al respecto el caso *Linkletter v. Walker* (1965), en el que la Corte parecía introducir un punto de inflexión en su doctrina sobre la nulidad *ab initio*, e incluso sobre los matices que ya

---

(147) Hayden C. COVINGTON, «The American Doctrine of Stare Decisis», en *Texas Law Review (Tex. L. Rev.)*, vol. XXIV, 1945-1946, pp. 190 y ss.; en concreto, p. 190.

(148) *Ibidem*, pp. 204-205.

(149) James Allan C. GRANT, «Judicial Control of Legislation. A Comparative Study», en *The American Journal of Comparative Law*, vol. III, No. 2, Spring, 1954, pp. 186 y ss.; en concreto, p. 192.

(150) Para una exposición detallada del tema, cfr. Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 3rd edition, Foundation Press, New York, 2000, vol. 1, pp. 218 y ss.

desde tiempo atrás venía haciendo en relación a sus decisiones en el ámbito procesal penal. En *Linkletter*, el Tribunal Supremo desarrolló una doctrina de conformidad con la cual, podría denegarse el efecto retroactivo a una recién declarada «rule of criminal law». En la sentencia, la Corte razonaba que «the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect», consideración que apoyaba en la autorizada voz del *Justice Cardozo*, para quien «the federal constitution has no voice upon the subject» (151).

En el *Linkletter case*, la Corte negó el recurso a un *habeas corpus* federal frente a una condena estatal basada en una prueba obtenida inconstitucionalmente, con base en que la condena de quien se hallaba en prisión había adquirido firmeza —quedando por lo mismo al margen de cualquier posible revisión directa (*res judicata*)— con anterioridad a la trascendental sentencia dictada en el caso *Mapp v. Ohio* (1961), caso este último en el que la Corte Suprema recondujo las condenas impuestas por tribunales estatales que se basaran en pruebas constitucionalmente inválidas, a las previsiones de la XIV Enmienda (152). Según Tribe (153), la Corte, en *Linkletter*, trató básicamente la cuestión de la retroactividad en los casos crimi-

---

(151) Cita del Juez Cardozo extraída de la sentencia dictada en el ya referido caso *Great Northern Railway v. Sunburst Oil & Refining Co.* (1932).

(152) En *Mapp v. Ohio* la Corte afrontó la sugestiva cuestión del efecto retroactivo de una *overruling decision*. En la decisión, se llevaba a cabo un *overruling* de la doctrina fijada en *Wolf v. Colorado* (1949), de acuerdo con la cual, la Corte entendió que la Constitución no imponía a los Estados la misma obligación que establecería sobre el gobierno nacional en el caso *Weeks v. United States* (1914), decisión en la que la Corte vino a excluir la condena en aquellos juicios penales en los que la prueba inculpatória fuese el resultado de un irrazonable registro y detención. Toda inculpatória obtenida por medio de pruebas violatorias de las previsiones constitucionales impedía la condena del así inculpató. Pero la *Wolf decision* dejó claro que esta doctrina no regía en el ámbito estatal, quedando circunscrita al ámbito federal. En *Mapp v. Ohio* la Corte entendió que «all evidence obtained by searches and seizures in violation of the Constitution is, by that same authority, inadmissible in a state court». Por lo demás, la exclusión de cualquier prueba inculpatória obtenida en violación de la XIV Enmienda se consideró por la Corte como una exigencia dimanante del *due process*, impuesta a los procesos penales por la mencionada Enmienda. «*Mapp* —escribiría Currier— like other decisions expanding the concept of due process in the same area, should be viewed as simply recognizing a constitutional right—here, a right to the exclusion of unconstitutionally obtained evidence». Thomas S. CURRIER, «Time and Change in Judge-Made Law: Prospective Overruling», *op. cit.*, pp. 269-270.

(153) Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law, op. cit.*, vol. 1, p. 219.

nales como una materia política, que por tanto debía de ser decidida en cada caso. El resultado de la doctrina *Linkletter* puede reconducirse a la afirmación de la facultad general de la Corte para limitar los efectos de sus decisiones a su aplicación *pro futuro* (*prospective operation*) y, por lo mismo, para la limitar la retroactividad de sus decisiones.

El *Justice* Thomas C. Clark, que escribió la *opinion of the Court* (adoptada por 7 votos frente a 2) reconocía la novedad de la decisión cuando escribía: «It is true that heretofore, without discussion, we have applied new constitutional rules to cases finalized before the promulgation of the rule», no obstante lo cual sería erróneo creer, que aunque ninguna «*opinion of the Court*» hubiera discutido la cuestión, el cambio de jurisprudencia se había producido de modo imprevisible y por entero sorprendente. Como creemos que queda claro tras lo expuesto, y recuerda por lo demás la doctrina que se ha ocupado del tema (154), en diversos momentos los *Justices* habían avanzado la idea de que la Corte pudiera otorgar en algún caso particular tan sólo un efecto *ex nunc* (*prospective effect*) a una sentencia. El hecho de que quienes hablaban por la Corte nunca aludieran a esta posibilidad, ni siquiera para refutarla, no dejaba de encerrar un cierto significado. Dos años más tarde, la Corte reiteraría la doctrina *Linkletter* en el caso *Stovall v. Denno* (1967).

En casos no ya penales sino civiles, la Corte permitió denegar el efecto retroactivo a un nuevo principio jurídico («a new principle of law») si tal limitación evitaba injusticias o dificultades («injustice or hardship»). En 1971, en el caso *Chevron Oil Co. v. Huson*, el Tribunal, en coherencia con esta dirección jurisprudencial, elaboró una suerte de «test for retroactivity» (155), al que atender para ponderar los efectos temporales de un *overruling*. Dicho test podía resumirse en una fórmula de tres factores: 1.º la decisión a aplicar no retroactivamente debe de establecer un nuevo principio jurídico, bien por la vía de un cambio respecto a la jurisprudencia precedente, bien por la de un pronunciamiento *ex novo* sobre una cuestión cuya resolución

---

(154) Paul J. MISHKIN, «The High Court, the Great Writ, and the Due Process of Time and Law», *op. cit.*, p. 57.

(155) Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, *op. cit.*, vol. 1, p. 219.

no se hallase claramente predeterminada; 2.º) se han de sopesar los pros y los contras que cada una de las dos soluciones posibles, la retroactiva y la prospectiva, provocarían sobre la operatividad de la decisión, y 3.º) deben asimismo valorarse y evitarse todas aquellas consecuencias injustas («inequitable results») que pudieran anudarse a la retroactividad. Estos criterios podrían corroborar la apreciación de McCloskey (156) acerca del carácter abierto y no dogmático de su visión para afrontar los diversos problemas (157).

El abandono de la concepción tradicional, o por lo menos su relativización, no iba a dejar de tropezar con dificultades. Mishkin se ha referido a una de ellas: el rol simbólico de la *declaratory theory* (158). El carácter declarativo de las sentencias, con el significado que al mismo se encadenaba, vendría a expresar un concepto simbólico del proceso judicial del que dependería en gran medida el prestigio y poder de los tribunales. Una creencia ampliamente considerada y profundamente sentida es la de que los jueces se hallan vinculados por un cuerpo de leyes esenciales, que ellos aplican la ley imparcialmente, que no ejercen preferencias u opciones individuales, y que no tienen un programa propio determinado. La ingenuidad de algunas de estas apreciaciones es manifiesta, pero lo cierto es que, según nuevamente Mishkin, esta visión simbólica de los tribunales es el más importante factor con vistas a asegurar el respeto y la obediencia a las decisiones judiciales. En cualquier caso, la Corte, como muestran las decisiones mencionadas, cambió su doctrina.

---

(156) Robert G. McCLOSKEY, *The American Supreme Court*, 2<sup>nd</sup> edition, revised by Sanford Levinson, The University of Chicago Press. Chicago and London, 1994, p. 208. «The facts of the Court's history — escribe McCloskey — impellingly suggest a flexible and non-dogmatic institution fully alive to such realities as the drift of public opinion and the distribution of power in the American republic».

(157) A tal apreciación quizá convendría añadir otra. En cuanto «children of their times», como la considera McCloskey, las posiciones de la Corte Suprema nunca se han alejado en exceso de los puntos de vista de las mayorías mutantes del Congreso, con la salvedad de las cuestiones relativas a los derechos. En tal dirección se manifiesta Abraham, para quien: «In any case, the policy views of the Court (...) never remain for long out of line with the policy views of the lawmaking majority — with the probable, but not inevitable, exception of decisions involving the Bill of Rights». Henry J. ABRAHAM, *The Judicial Process*, *op. cit.*, p. 367.

(158) Paul J. MISHKIN, «The High Court, the Great Writ...», *op. cit.*, p. 62.

En la década de los ochenta, la *Supreme Court* iba a dejar de lado en determinados casos sus nuevos enfoques sobre los efectos temporales de sus decisiones. En el caso *United States v. Johnson* (1982), y ante las dudas surgidas en la Corte acerca de si los planteamientos precedentes no hacían peligrar el principio de igualdad, la *Supreme Court* proyectaba retroactivamente el efecto de su decisión, no obstante poder ser de aplicación la doctrina de la prospectividad. Será, sin embargo, en *Griffith v. Kentucky* (1987) cuando la Corte Suprema, formalmente, lleve a cabo el *overruling* de *Linkletter*, eliminando los límites a la retroactividad en el procedimiento criminal. El Tribunal iba a fijar ahora una doctrina que giraba en torno a dos goznes: en primer término, la naturaleza de la *judicial review* priva a la Corte de la prerrogativa esencialmente legislativa de dictar «rules of law» retroactivas o prospectivas, según la Corte considerara conveniente; en segundo término, la selectiva aplicación de «new rules» vulnera el principio de igualdad, o lo que es igual, la exigencia de tratar de modo similar a las partes situadas en igual posición. Ello no obstante, en *Griffith*, la Corte afirmaba que «civil retroactivity (...) continue(d) to be governed by the standard announced in *Chevron Oil*».

En cualquier caso, las posiciones en el seno de la Corte han estado lejos de ser unánimes. Y así, en el *Chevron Oil case*, el *Justice* John Stevens, al que se unieron en *dissent* los *Justices* William J. Brennan, Thurgood Marshall y Harry Blackmun, propusieron un entendimiento por entero diferente del *Chevron Oil test*, distinguiendo entre la retroactividad como «a choice-of-law rule» y la retroactividad como «a remedial principle», distinción que Tribe (159) consideraría particularmente importante en los casos planteados ante los tribunales estatales.

La retroactividad en los casos civiles iba a ser finalmente establecida en el *Harper case*, una decisión aprobada por una Corte muy fragmentada (160), en la que, en lo que ahora interesa, consideró que «when a fed-

---

(159) Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 220.

(160) *Harper v. Virginia Department of Taxation* (1993). El *Justice* Clarence Thomas redactó la *opinion of the Court*. El Juez Antonin Scalia presentó una *concurring opinion*. Por su lado, el *Justice* Anthony Kennedy presentó una *concurring* parcial y una *concurring in the judgment* a la que se unió el Juez Byron R. White. Finalmente, la Jueza Sandra O'Connor presentó una *dissenting opinion* a la que se unió el *Chief Justice* William H. Rehnquist.

eral court applies a substantive rule of federal law to the parties before it, that rule must be given full retroactive effect in all cases still pending on direct review and as to all occurrences, including those that predate the rule's announcement». Con todo, como recuerda Tribe (161), en la *Harper's rule of retroactivity*, hay dos importantes advertencias («caveats»): La primera, que la Corte Suprema no iba a considerar que todas las decisiones de Derecho federal deban necesariamente ser aplicadas de modo retroactivo; más aún, la Corte no iba a renunciar a su facultad de hacer sus decisiones completamente prospectivas, hasta el extremo de que ni tan siquiera se apliquen a las partes ante ella. La segunda, que la Constitución federal no prescribe la forma precisa del remedio que un Estado viene obligado a ofrecer ante una violación constitucional, de manera que un Estado conserva por lo general un cierto grado de libertad aun cuando se dé efecto retroactivo a una decisión.

En esta relativa reafirmación o retorno, si así se prefiere, al principio de retroactividad en casos civiles se ha de ver no tanto un deseo de volver a la *declaratory theory* cuanto una visión proclive a limitar la discrecionalidad del juez, tanto porque, como es obvio, su rol no es equiparable al del legislador, como por las exigencias dimanantes del principio de igualdad. Por lo demás, los vaivenes jurisprudenciales expuestos nos revelan que frente a las posiciones antaño incommovibles con las que eran caracterizados los rasgos más señeros del sistema americano de la *judicial review*, hoy, criterios más pragmáticos y, por lo mismo, un cierto relativismo, han entrado en el escenario de la Corte Suprema, y ello, como es obvio, no deja de contribuir a la difuminación de los supuestos antagónicos contrastes entre los dos sistemas de la justicia constitucional.

#### D) OTROS MECANISMOS DE APROXIMACIÓN ENTRE LOS DOS ANTAÑO CONTRAPUESTOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Al margen ya de todo lo expuesto, pueden aportarse otros argumentos que operan en la misma dirección que los anteriores, relativizando la supuesta contraposición entre uno y otro sistema.

---

(161) Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 226.

I. En relación al sistema americano, bien podría decirse que el instrumento procesal del *writ of certiorari* ha venido a convertir la *Supreme Court* en una suerte de Tribunal Constitucional. La Corte, efectivamente, ha ido evolucionando en el sentido de presentar una configuración cada día más acentuada como órgano casi exclusivamente de justicia constitucional, limitándose con el devenir del tiempo a ejercer su control tan sólo en lo concerniente a las cuestiones de mayor relevancia, que son, por lo general, las cuestiones constitucionales.

Conviene recordar al efecto, que la sección segunda del artículo III de la Constitución atribuye a la Corte una jurisdicción originaria y una jurisdicción de apelación (162). Esta última fue regulada con todo detalle por las Secciones 22 y 25 de la *Judiciary Act* de 1789. De conformidad con la Sección 22, se confería jurisdicción al Tribunal en el orden civil, por intermedio del llamado *writ of error*, frente a las sentencias definitivas de los tribunales federales inferiores (en ese momento los tribunales de circuito, *Circuit courts*), cuando el importe de la cuestión en disputa superara los 2.000 dólares. A su vez, la Sección 25 atribuía competencia a la Corte para revisar, también por medio del *writ of error*, las sentencias de los Tribunales supremos estatales, cuando se suscitara en el caso una cuestión constitucional federal. El cuestionamiento de la constitucionalidad de esta última competencia hizo necesario el expreso pronunciamiento al respecto por parte de la propia *Supreme Court*, lo que se produjo en el conocido caso *Martin v. Hunter's Lessee* (1816), en el que, ausente el *Chief Justice* Marshall, pronunció la *opinion of the Court* el Justice Joseph Story (apoyado por el voto unánime de los seis Jueces presentes), siendo ésta, quizá, la más relevante de las que el célebre Juez y profesor de la *Harvard University* pronunciaría en los casi 34 años que permanecería en la Corte (entre 1812 y 1845). En 1821, en otro relevante caso, *Cohens v. Virginia*, la Corte, esta vez por boca de Marshall, ratificó de modo inequívoco la constitucionalidad de la competencia que la Sección 25 de la *Judiciary Act* le otorgaba.

---

(162) James Story habla de una *original or primary jurisdiction* frente a una *appellate jurisdiction*. James STORY, «American Law», en *The American Journal of Comparative Law*, vol. III, No. 1, Winter, 1954, pp. 9 y ss.; en concreto, p. 17.

La inexistencia de un mecanismo que posibilitara a la Corte el rechazo discrecional de los recursos, o lo que es igual, lo que Cardozo llamaría «the sovereign prerogative of choice» (163), se tradujo en el progresivo crecimiento de los recursos y, con el paso del tiempo, en su acumulación por el retraso en resolverlos. Mientras en su primera década de vida (1791-1800) el Tribunal tuvo en sus estrados tan sólo 87 casos, sólo en el año 1810 ese número ya ascendía a 98, creciendo hasta los 301 en 1860, alcanzando los 636 en 1870, los 1.212 en 1880 y llegando a los 1.816 una década más tarde (164). El problema iba además a acentuarse en 1889, a raíz de otorgársele al Tribunal jurisdicción para revisar las condenas a la pena de muerte. La situación condujo al progresivo retraso en la resolución de los asuntos, que en 1890 ya demoraban tres años, y de igual modo a una reiterada queja de los Jueces por la sobrecarga de trabajo, impeditiva de un ejercicio riguroso de su función.

Es en tal marco contextual en el que adquiere su pleno sentido la *Circuit Court of Appeal* de 1891, también conocida como la *Evars Act*, que introdujo por vez primera en Norteamérica el instrumento del *writ of certiorari*, bien que, ciertamente, de forma limitada. La citada Ley de 3 de marzo de 1891 creó nueve *Circuit Courts of Appeals*, como tribunales intermedios de revisión —Rehnquist, quien fuera *Chief Justice*, los tildaría de «regional federal appellate courts» (165)— confirmando a la Corte por vez primera, en numerosos tipos de litigios, discreción para declinar el conocimiento de los casos si los mismos no eran considerados por ella dignos de una nueva revisión. La *Evars Act* confirmó al Tribunal Supremo jurisdicción para la revisión de las condenas por delitos infamantes («infamous crimes»), lo que no dejaba de ser una importante novedad si se recuerda que la *Judiciary Act* de 1789 no otorgó a la Corte competencia en materia penal o criminal.

---

(163) Así lo recuerda Robert G. McCLOSKEY, en *The American Supreme Court*, *op. cit.*, p. 106.

(164) Seguimos los datos que facilita Alberto A. BIANCHI, en *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 117.

(165) William H. REHNQUIST, *The Supreme Court. How It Was. How It Is*, Quill/William Morrow, New York, 1987, p. 268.

En un conocido comentario sobre la ley que iba a cambiar de modo definitivo la competencia de la Corte Suprema, la llamada *Judges' Bill* (1925), el *Chief Justice* William H. Taft (que ejercería el cargo entre 1921 y 1930) consideraba que los *Circuit Courts of Appeals* habían trabajado bien, propiciando con su actividad que pronto se suprimiera la «joroba» («the hump») existente en el registro de casos pendientes de conocer por la *Supreme Court* (166). La Ley de 1891 tuvo, pues, un efecto positivo, en relación a la finalidad por ella pretendida, que era, básicamente, la de disminuir la carga de trabajo de la Corte Suprema y el retraso que la misma acarreaba, pero tal efecto fue efímero, pues con el inicio del nuevo siglo la acumulación de asuntos y el subsiguiente retraso en su conocimiento volvió a crecer de modo significativo.

Dos nuevas reformas legales (167), impulsadas por las Leyes de 23 de diciembre de 1914, autorizando a la Corte para ampliar el *certiorari* (168), y por lo mismo su jurisdicción discrecional, que le iba a permitir ahora rechazar los recursos que se refirieran al ámbito del *certiorari* de modo discrecional, ámbito que era notablemente ampliado, pues si con anterioridad a la reforma de 1914 la Corte sólo tenía conferido el *certiorari* para revisar sentencias de los tribunales supremos estatales que negaran un derecho constitucionalmente reconocido, tras este texto legal, se le confería también el *certiorari* para la revisión de las decisiones de los tribunales supremos estatales que apoyaran un derecho federalmente reconocido, y de 6 de septiembre de 1916, que circunscribió la jurisdicción obligatoria de la Corte (manteniendo por tanto en este ámbito el *writ of error*) a aquellas decisiones de los tribunales supremos estatales que hubieran declarado inconstitucional una ley del Congreso o conside-

---

(166) William Howard TAFT, «The jurisdiction of the Supreme Court under the Act of February 13, 1925», en *Yale Law Journal* (*Yale L. J.*), vol. XXXV, No. 1, November, 1925, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 2.

(167) Cfr. sobre ellas, Charles W. BUNN, «The New Appellate Jurisdiction in Federal Courts», en *Minnesota Law Review* (*Minn. L. Rev.*) (Journal of the State Bar Association), Vol. 9, No. 4, March, 1925, pp. 309 y ss.; en concreto, p. 312.

(168) «A petition for *certiorari* — escribe el *Chief Justice* William REHNQUIST (en *The Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 263) — is, stripping away the legal verbiage, a request to the Supreme Court to hear and decide a case that the petitioner has lost either in a federal court of appeals or in a state supreme court».

rado constitucional una ley estatal tachada de inconstitucional. En definitiva, los dos textos legales estaban animados por una finalidad primigenia: ampliar el *writ of certiorari* con el mismo objetivo que la *Evars Act*. Sin embargo, estas dos reformas muy próximas en el tiempo no fueron suficientes para la adecuada solución del problema existente, bien que, como Frankfurter y Landis pusieron de relieve (169), mostraron (sobre todo la reforma de 1916) las potencialidades de la jurisdicción discrecional.

La preocupación por el problema subyacente a las mencionadas reformas legales era una constante del pensamiento de Taft desde años atrás. Ya en 1916, cinco años antes de su incorporación al Tribunal Supremo, Taft iba a recomendar que se diera a la Corte Suprema «absolute and arbitrary discretion» (170). Sin embargo, la preocupación de quien habría de ocupar la *Chief Justiceship* se remontaba mucho más atrás en el tiempo, a la época incluso en la que ostentara la Presidencia de los Estados Unidos (171). La doctrina recuerda (172), que en su primer mensaje anual al Congreso el Presidente Taft escribía: «It is not impossible to cut down still more than it is cut down, the jurisdiction of the Supreme Court so as to confine it almost wholly to statutory and constitutional questions». Ya en los primerísimos años del nuevo siglo, el Presidente Taft se mostraba

---

(169) Felix FRANKFURTER y James M. LANDIS, «The Business of the Supreme Court of the United States-A Study in the Federal Judicial System», en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, vol. XL, 1926-1927, pp. 431 y ss.; 834 y ss., y 1110 y ss.; en concreto, p. 836.

(170) Cfr. al respecto, S. Sidney ULMER, «The Supreme Court's Certiorari Decisions: Conflict as a Predictive Variable», en *The American Political Science Review (Am. Pol. Sci. Rev.)*, vol. 78, No. 4, December, 1984, pp. 901 y ss.

(171) La trayectoria pública de William Howard Taft (1857-1930) es realmente impresionante. En 1887, a la edad de tan sólo 30 años, accedió al cargo de Juez de la Corte Suprema de Ohio, Estado del que era oriundo (había nacido en Cincinnati). Con posterioridad, sería *Solicitor General* (Subsecretario de Justicia) (1890), Gobernador de las Filipinas (1901), Secretario de Guerra con el Presidente Theodore Roosevelt (1904) y, por último, Presidente de los Estados Unidos, cargo para el que fue elegido a fines de 1908, ejerciéndolo durante cuatro años (1909-1913), tras ser derrotado al final de su mandato, cuando pretendía la reelección, por el demócrata Woodrow Wilson. Tras cesar como Presidente, pasó a ser Profesor de Derecho constitucional en la Universidad de Yale, hasta su acceso al cargo de *Chief Justice*, para el que sería nombrado en julio de 1921 por el Presidente Warren Gamaliel Harding, republicano como él.

(172) Felix FRANKFURTER y James M. LANDIS, «The Business of the Supreme Court of the United States-A Study in the Federal Judicial System», *op. cit.*, p. 838.

pues como un convencido defensor de que la *Supreme Court* circunscribiera los asuntos en que había de intervenir a los puramente constitucionales. En 1914, al margen ya de cualquier cargo público, urgía a que la Corte fuera liberada de la carga de apelaciones imprevistas y de la disfuncional congestión de asuntos mediante la reducción de su jurisdicción obligatoria y la ampliación del ámbito de su revisión discrecional (173).

Sintomático de la situación de fracaso de las reformas legales mencionadas será el hecho de que en el período 1920-1929 el número de decisiones negativas o de rechazo relacionadas con la Decimocuarta Enmienda (cuya Sección primera, recordémoslo, contempla la *due process clause*) casi se duplicó respecto del número de las mismas en la década precedente (174). El propio Taft, ocupando ya la *Chief Justiceship*, escribía en 1925: «After thirty-five years, however, that Court's business had again grown beyond its capacity, and a hearing could not be had for cases not advanced out of their order until more than a year after their filing» (175).

Los miembros de la *Supreme Court* temieron que el registro de casos pendientes («the docket») pudiera congestionarse aún más y ante ello, y tras la llegada a la Corte de Taft, como nuevo *Chief Jus-*

---

(173) «The Supreme Court —escribía Taft— has great difficulty in keeping up with its docket. The most important function of the court is the construction and application of the constitution of the United States. It has other valuable duties to perform in the construction of the statutes and in the shaping and declaration of general law, but if its docket is to increase with the growth of the country, it will be swamped with its burden, the work which it does will, because of haste, not be of the high quality that it ought to have, and the litigants of the court will suffer injustice because of delay. For these reasons the only jurisdiction that it should be obliged to exercise, and which a litigant may, as a matter of course, bring to the court, should be questions of constitutional construction. By giving an opportunity to litigants in all other cases to apply for a *writ of certiorari* to bring any case from a lower court to the Supreme Court, so that it may exercise absolute and arbitrary discretion with respect to all business but constitutional business, will enable the court so to restrict its docket that it can do all its work, and do it well». William H. TAFT, «The Attacks on the Courts and Legal Procedure», en *Kentucky Law Journal (Ky. L. J.)*, vol. 5, No. 2, 1916, pp. 3 y ss.; en concreto, p. 18.

(174) Así lo constata Robert G. McCLOSKEY, en *The American Supreme Court*, *op. cit.*, p. 106.

(175) William Howard TAFT, «The jurisdiction of the Supreme Court...», *op. cit.*, p. 2

*tice*, plantearon la cuestión ante los *Judiciary Committees* de ambas Cámaras. El argumento fundamental que se manejó fue que la ampliación del *certiorari* posibilitaría dedicar el tiempo y la energía de los miembros del Tribunal, inevitablemente limitado, al conocimiento de aquellos casos de mayor interés general, muy particularmente de los casos que tuvieran que ver con cuestiones constitucionales. El impulso de la reforma iba, indiscutiblemente, a corresponder al *Chief Justice*, lo que no había de extrañar a la vista de cuáles eran sus nítidas posiciones sobre el tema desde mucho antes de su acceso a la Corte. Por lo demás, su reconocida astucia política hizo el resto (176).

Los Comités Judiciales de ambas Cámaras sugirieron que fuese la propia Corte la que preparase un «bill», lo que explica que la ley que finalmente se aprobó en 1925 fuese comúnmente conocida como la *Judges' Bill*, la ley de los jueces. A tal efecto, Taft, que algún autor ha considerado como el más emprendedor, dinámico, de todos los Jueces («the most aggressive of the justices»), propuso el nombramiento de una comisión en el seno de la *Supreme Court* encargada de estudiar el asunto y de redactar un primer texto. La comisión quedó integrada por los *Justices* William R. Day, que actuó como presidente («chairman») hasta su retiro voluntario en noviembre de 1922, Willis Van Devanter (que, curiosamente, había accedido a la Corte en enero de 1911 por nombramiento del propio Taft, siendo Presidente) y James C. McReynolds, interviniendo de oficio el *Chief Justice* Taft. Fue Van Devanter el redactor del «bill» (177). El texto resultante fue sometido a la Corte el propio año 1921 y el 17 de febrero de 1922, era formalmente presentado ante el Congreso por intermedio del se-

---

(176) Stephen C. HALPERN and Kenneth N. VINES (en «Institutional Disunity, the Judges' Bill and the Role of the U. S. Supreme Court», en *The Western Political Quarterly*, vol. 30, No. 4, December, 1977, pp. 471 y ss.; en concreto, p. 473) hablan de «the persistent politicking of Taft».

(177) Así lo constatan, entre otros, Felix FRANKFURTER y James M. LANDIS, «The Business of the Supreme Court at October Term, 1928», en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), vol. XLIII, 1929-1930, pp. 33 y ss.; en concreto, p. 34. Ello no obstante, Van Devanter hizo constar en la audiencia celebrada en el Congreso que, en un punto o en otro, todos los *Justices* habían participado en la redacción del «bill». De ello se hacen eco Stephen C. HALPERN y Kenneth N. VINES, «Institutional Disunity, the Judges' Bill and the Role of the U. S. Supreme Court», *op. cit.*, p. 473, nota 20.

nador Sr. Cummins y del congresista Sr. Walsh. La más que notable influencia de Taft propició que la ley fuera aprobada justamente tres años después (el texto legal fue sancionado el 13 de febrero de 1925, entrando en vigor el 1 de mayo de 1925) en términos sustancialmente semejantes a como había sido redactado en la Corte.

Otro *Chief Justice*, William Rehnquist, consideró a Taft como uno de los arquitectos de la *Certiorari Act* de 1925, haciéndose eco a continuación de su punto de vista sobre la *Supreme Court*, tal y como fuera compendiado por su biógrafo, Henry F. Pringle: «It was vital —escribía Pringle en obvia alusión a Taft (178)— he said in opening his drive for the *Judges' Bill*, that cases before the Court be reduced without limiting the function of pronouncing "the last word on every important issue under the Constitution and the statutes of the United States". A Supreme Court, on the other hand, should not be a tribunal obligated to weigh justice among contesting parties». En realidad, habría que decir que Taft fue mucho más que el arquitecto de la ley, y con ella de la enorme transformación que iba a experimentar la Corte Suprema, fue su ideólogo, fue quien desde mucho tiempo atrás había venido defendiendo con constancia y con una gran visión de futuro el nuevo rol, muy próximo al de un Tribunal constitucional, que con el paso del tiempo, y en gran medida de resultados de la *Certiorari Act* de 1925, asumiría la Corte Suprema. Desde esta perspectiva, Taft fue un verdadero visionario.

La filosofía de la Ley de 1925 —que, como se ha dicho, iba a revolucionar la jurisdicción de apelación de la Corte Suprema y de las *Circuit Courts of Appeals* (179)— se acomodaba a la teoría de que los litigantes tenían sus derechos suficientemente protegidos a través de una audiencia o de un juicio en los tribunales de primera instancia y de una revisión en el inmediato tribunal de apelación federal. «La función de la Corte Suprema —escribía nuevamente Taft (180)— es

---

(178) Henry F. PRINGLE, *Life and Times of William Howard Taft*, Vol. II, Shoe String Press, Hamden (Conn.), 1965, pp. 997-998. Cit. por William H. REHNQUIST, *The Supreme Court...*, *op. cit.*, pp. 268-269.

(179) Charles W. BUNN, «The New Appellate Jurisdiction in Federal Courts», *op. cit.*, p. 309.

(180) William Howard TAFT, «The Jurisdiction of the Supreme Court under the Act of February 13, 1925», *op. cit.*, p. 2.

concebida para ser no la que ha de remediar la injusticia de un litigante concreto, sino la que ha de considerar aquellos casos cuya decisión concierne a principios cuya aplicación es de considerable interés público o gubernamental («wide public or governmental interest») y que deberían ser autorizadamente decididos por el tribunal último». La ley, escriben a su vez Frankfurter y Landis (181), se entendió como un dique («a dike») frente a la amenaza de aumento de la jurisdicción obligatoria de la Corte, pero más allá de ello el verdadero espíritu de la propuesta amparada por el texto legal fue el de convertir a la *Supreme Court* en el árbitro de las cuestiones legales de importancia nacional.

La Ley redujo de modo drástico el número de litigios que podían llegar a la Corte, transfiriendo su conocimiento a los tribunales de circuito; de esta forma, la jurisdicción obligatoria de la Corte iba a quedar limitada a casos escogidos en que se plantearan cuestiones constitucionales u otros significativos asuntos de interés público. Además, el nuevo texto legal implicaba que la enorme mayoría de los casos llegaran a la Corte en forma de peticiones de revisión, que el Tribunal podía rechazar, en vez de en forma de apelaciones vinculantes. «The remedy proposed by the Supreme Court and adopted by Congress —corroboraban Frankfurter y Landis (182)— was a transference of numerous classes of cases from obligatory review by appeal of *writ of error* to discretionary review by *certiorari*». Muy escasos supuestos quedaron al margen del *writ of certiorari*, entre ellos, y como supuestos más relevantes, las resoluciones de los Tribunales supremos de los Estados que declararan inconstitucional un tratado o una ley federal, o que, cuestionada ante ellos la constitucionalidad de una ley estatal, la declararan conforme a la Constitu-

---

(181) Felix FRANKFURTER y James M. LANDIS, «The Business of the Supreme Court at October Term, 1928», *op. cit.*, p. 34. En otro lugar, los mismos autores escribían: «The bill was essentially a bill to relieve the Supreme Court, not by any reexamination of the existing sources of federal jurisdiction, but by a drastic transfer of existing Supreme Court business to the circuit court of appeals». Felix FRANKFURTER y James M. LANDIS, «The Business of the Supreme Court of the United States-A Study in the Federal Judicial System», *op. cit.*, p. 851.

(182) Felix FRANKFURTER y James M. LANDIS, «The Supreme Court under the Judiciary Act of 1925», en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, vol. XLII, No. 1, November, 1928, pp. 1 y ss.; en concreto, pp. 1-2.

ción. También siguió siendo considerada una apelación vinculante, la que fuere formalizada cuando se declarare inconstitucional una ley federal en una acción civil en la que el Gobierno norteamericano fuere parte. De igual forma, se consideraron «obligatory appeal from the Circuit Courts to the Supreme Court» los casos suscitados bajo la «anti-trust and interstate commerce law», como también los «criminal cases».

Innecesario es decir, que la consecuencia de esta profunda reforma fue la considerable ampliación de la capacidad de la Corte para decidir la admisión a trámite, que entrañaba, como se ha dicho (183), una aplicación del principio de individualización en el ejercicio de la *appellate review*. Bien es verdad que la ampliación de la jurisdicción discrecional de la Corte propiciaba nuevas dificultades. Frankfurter y Landis ya prevenían ante ellas al advertir (184), que el mecanismo del *certiorari* se vería seriamente afectado si la selección de los casos de que podía conocer el Tribunal Supremo viniera determinada no por la intrínseca importancia de las cuestiones legales en ellos planteadas, sino por la arbitraria exigencia del tamaño del sumario. Y de resultas de tales peligros, en algún sector de la literatura jurídica más crítica emergería la visión de una suerte de tiranía judicial, o lo que es lo mismo, como iba a apostillar McCloskey (185), para rechazar de inmediato tal visión, «the picture of a great nation shackled helplessly by judge-made law». La *Judges' Bill* posibilitó, como recordaba una treintena de años después el *Justice* Douglas (186), que la Corte pudiera conocer de los casos que le llegaban y que consideraba de interés conocer dentro de su propio calendario, lo que no dejaba de ser una notable novedad, pues en el más de un siglo de vida anterior, no había sucedido así.

El propio año 1925 se presentaron ante la Corte un total de 520 peticiones de *certiorari*, de las que admitió tan sólo 97, un porcentaje próximo, aunque inferior, al 20 por 100. El cambio fue tal que

---

(183) *Ibidem*, p. 10.

(184) *Ibidem*, p. 14.

(185) Robert G. McCLOSKEY, *The American Supreme Court*, *op. cit.*, p. 92.

(186) William O. DOUGLAS, «The Supreme Court and its case load», en *Cornell Law Quarterly* (*Cornell L. Q.*), vol. 45, 1959-1960, pp. 401 y ss.; en concreto, p. 409.

Frankfurter llegó a escribir que la Ley de 1925 dejó la jurisdicción de la Corte «en los huesos» (187).

Aunque en 1938 el propio Juez Frankfurter, con bastante optimismo, señalaba que el problema del excesivo volumen de asuntos de la *Supreme Court* estaba en vías de ser resuelto (188), lo cierto es que la trascendental reforma de 1925 no fue capaz de conseguir el objetivo perseguido: la sustancial reducción de la tarea de la Corte. En 1930 había 1.039 casos ante el Tribunal, y ese número, medio siglo más tarde (hacia 1984), había ascendido hasta los 5006 casos (189). Tal circunstancia se tradujo en la década de los setenta en la elaboración de diversos estudios encaminados hacia una nueva reforma, pues la mera acumulación de casos ante la *Supreme Court* y la inexcusabilidad de revisarlos mínimamente a fin de conceder o rechazar el *certiorari* privaba del tiempo necesario para resolver con la calma requerida aquellos otros en los que el *certiorari* fuera admitido. Entre esos estudios arraigó la idea de crear una especie de órgano jurisdiccional intermedio entre la *Supreme Court* y los *Circuit Courts of Appeals*, fórmula que finalmente no prosperó. En todo caso, en la Corte presidida en esos años por el *Chief Justice* Warren E. Burger (que la presidiría entre 1969 y 1986) hubo unanimidad de criterio en torno a la necesidad de la eliminación de su jurisdicción obligatoria (*mandatory jurisdiction*), como revelaría un escrito dirigido, en junio de 1978, por el Tribunal en pleno al Congreso.

Así las cosas, un decenio más tarde, el 25 de septiembre de 1988, era sancionada una nueva Ley que suprimía casi por completo la jurisdicción obligatoria o reglada de la Corte Suprema. Respecto de las

---

(187) De ello se hace eco Erwin N. GRISWOLD, «The Supreme Court's Case Load: Civil Rights and Other Problems», en *University of Illinois Law Forum*, vol. 1973, 1973, pp. 615 y ss.; en concreto, p. 617.

(188) Felix FRANKFURTER y Adrian S. FISHER, «The business of the Supreme Court at the October terms, 1935 and 1936», en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, vol. LI, No. 4, February, 1938, pp. 577 y ss.; en concreto, p. 582. «If the past is any guide — escriben estos mismos autores— the problems raised for the Court by the volume of its business will largely be solved by the use which it makes of the two devices for exercising selective jurisdiction».

(189) Tomamos estos datos de Alberto B. BIANCHI, *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema...*, op. cit., p. 120.

apelaciones, la única salvedad que quedó fue la contemplada frente a las decisiones de los tribunales de distrito de tres Jueces (*Three Judges Courts*), órganos federales de primera instancia que a partir de 1903 empezaron a quedar integrados por tres Jueces, si bien en 1976 comenzaron a suprimirse, siendo sustituidos por órganos jurisdiccionales unipersonales.

Con la eliminación de la jurisdicción de apelación de naturaleza obligatoria, puede afirmarse que la revisión ya no constituye una cuestión de Derecho, sino de pura discreción judicial, y únicamente es concedida por el Tribunal cuando entiende que existen razones especiales e importantes para ello, lo que le permite una elección *ad libitum* y enteramente discrecional. A juicio de quien anteriormente al actual ocupó la *ChiefJusticeship*, «sería una inútil duplicación de funciones si la Corte Suprema de los Estados Unidos viniera a servir simplemente como un tribunal más elevado que los demás para la corrección de errores en casos no concernientes por lo general a principios jurídicos importantes. En vez de ello, la Corte, de modo absolutamente correcto, busca seleccionar, de entre los varios miles de casos que se le pide anualmente que revise, aquellos casos concernientes a cuestiones pendientes de resolver («unsettled questions») de Derecho constitucional o legal federal de interés general» (190). Por lo mismo, se ha podido considerar, que se ha hecho posible la conversión de la Corte Suprema en «el árbitro efectivo de la forma de gobierno federal» (191), acentuándose por lo mismo su rol como órgano político, convirtiéndose de resultas de todo ello en «the most powerful court known to history» (192).

Estas transformaciones legales, como no podía ser de otro modo, han incidido a su vez en la naturaleza de los casos abordados (pero también presentados) por la Corte. Hace cincuenta años, constataba Baum en 1981 (193), la mayor proporción de casos presentados ante

---

(190) William H. REHNQUIST, *The Supreme Court. How It Was, How It Is*, op. cit., p. 269.

(191) Lawrence BAUM, *El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*, Librería Bosch, Barcelona, 1987, p. 152.

(192) Robert G. McCLOSKEY, *The American Supreme Court*, op. cit., p. 209.

(193) Lawrence BAUM, *El Tribunal Supremo...*, op. cit., p. 148.

el Tribunal Supremo eran de naturaleza civil. A partir de entonces, los casos penales fueron en aumento. En 1981, antes por tanto de la reforma legal de 1988, los casos de naturaleza constitucional dominan la agenda de este Tribunal, aunque también los tribunales inferiores se pronuncian con mucha frecuencia sobre las mismas materias (194), y la mayor parte de los casos a que se enfrenta la *Supreme Court* suscitan temas de libertades civiles. Desde 1937, ha escrito McCloskey (195), la Corte se ha esforzado en desarrollar una *civil rights doctrine* que hiciera realidad la promesa de esa tradición americana acorde con la libertad, en armonía no obstante con los imperativos de la realidad política. Ese acomodo a la realidad de que habla el autor precedente ya presupone un rol político de la mayor importancia, que viene a establecer un parentesco próximo entre la *Supreme Court* y los Tribunales Constitucionales de estirpe kelseniana.

En la propia mutabilidad del rol desempeñado por la Corte Suprema, puede entreverse un rasgo común con los Tribunales Constitucionales, pues, como bien sostiene Häberle (196), refiriéndose básicamente a tales órganos, la función de la jurisdicción constitucional es variable, flexible en el tiempo y en el espacio. En sintonía a su vez con este rol de la *Supreme Court*, Dahl la ha considerado no estrictamente una institución jurídica, pues ello, a su juicio, entrañaría subestimar su significación en el sistema político norteamericano, sino más bien una institución política, o lo que es igual, «an institution for arriving at decisions on controversial questions of national policy» (197).

---

(194) Así lo ha subrayado Linde, para quien, aunque los profesionales del Derecho y la opinión pública pueden no considerar resuelta una cuestión constitucional relevante hasta tanto la *Supreme Court* haya decidido sobre ella, lo cierto es que en la teoría y en la práctica los tribunales inferiores dictan constantemente sentencias en materia constitucional. Hans A. LINDE, «The United States Experience», en *The American Journal of Comparative Law*, vol. XX, No. 3, Summer, 1972 (parte monográfica dedicada a las «Admonitory Functions of Constitutional Courts»), pp. 415 y ss.; en concreto, p. 416.

(195) Robert G. McCLOSKEY, *The American Supreme Court*, *op. cit.*, p. 213.

(196) Peter HÄBERLE, «La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 14, 2.º semestre 2004, pp. 153 y ss.; en concreto, p. 160.

(197) Robert A. DAHL, «Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker», en *Journal of Public Law*, vol. 6, Spring, 1957, pp. 279 y ss.; en concreto, p. 279.

En definitiva, la marcada evolución de la Corte y su situación actual explica que un significativo sector de la doctrina (198) considere grande la proximidad entre la misma y los Tribunales Constitucionales europeos (199). Esta proximidad no es, por lo demás, un fenómeno exclusivo de nuestro tiempo. Basta para constatarlo con leer las reflexiones que más de tres cuartos de siglo atrás hacía Charles Evans Hughes, antes de su acceso a la Presidencia de la Corte (que ocuparía entre 1930 y 1941, si bien entre 1910 y 1916 ya desempeñaría en la Corte el cargo de *Justice*), acerca de las tareas del propio órgano (200), que al aplicar cláusulas generales de un contenido indefinido («general clauses of an undefined content») no se limitaba al deber de hacer efectiva la Constitución. Más allá de ello, precisaba el gran Juez nacido en 1862 en el Estado de Nue-

---

(198) Es el caso, entre la doctrina española, de Rubio Llorente, para quien la *Supreme Court* es, en razón de la selección de los asuntos que ella misma hace, un Tribunal Constitucional. (Francisco RUBIO LLORENTE, «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa», *op. cit.*, p. 1416). Y en el mismo sentido, entre otros, se manifiesta Pegoraro, para quien «negli ultimi anni, la Corte suprema s'è trasformata... in una vera e propria corte costituzionale, e cioè in un organo dotato di competenze specializzate». (Lucio PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998, p. 21).

(199) Mayores matices presenta la posición de Cappelletti, bien que la exprese en 1970. Para el gran procesalista italiano, el Tribunal Supremo norteamericano y, entre otros, su análogo japonés (pues de conformidad con la Constitución de 1947 se ha introducido en Japón un sistema análogo al norteamericano), se hallan lejos de ser equivalentes a los Tribunales Constitucionales europeos, pues mientras los últimos tratan tan sólo cuestiones constitucionales, la jurisdicción de la Corte Suprema estadounidense no se halla confinada de tal modo, ya que la mayoría de los casos llegan a ella a través del sistema de apelación normal y no por medio de un procedimiento especial. Incluso para las cuestiones constitucionales ningún procedimiento extraordinario es utilizado. Evidentemente, aunque esta opinión fuera expresada con anterioridad a la reforma legal de 1988, no deja de parecernos harto discutible y, desde luego, creemos que choca con lo que después señala el propio autor. (Mauro CAPPELLETTI, «Judicial Review in Comparative Perspective», *op. cit.*, p. 1045). Esta posición es matizada (si es que no, lisa y llanamente, contradicha) más adelante por el propio autor, quien, tratando las tendencias hacia la convergencia («converging trends») entre los dos sistemas de justicia constitucional, argumenta que el movimiento hacia la convergencia no está confinado al lado europeo del Atlántico, pues, a través del empleo del *certiorari*, la Corte Suprema de los Estados Unidos se ha ido confinando ella misma a tan sólo «the most significant — mostly constitutionally grounded — questions». Y este es justamente el exacto rol de los Tribunales Constitucionales europeos, que no tienen en absoluto jurisdicción en los casos ordinarios. (Mauro CAPPELLETTI, en *ibidem*, p. 1051).

(200) Charles Evans HUGHES, *The Supreme Court of the United States...*, *op. cit.*, pp. 229-230.

va York, del que en 1906 sería elegido Gobernador, la Corte es el último intérprete («the final interpreter») de las leyes aprobadas por el Congreso. Las leyes, añadiría, sufren la prueba judicial, no sólo en cuanto a su validez constitucional, sino también con respecto a su verdadero significado («their true import»), y en último término, una ley federal significa lo que la Corte dice que significa («a federal statute finally means what the Court says it means»). Dicho de otro modo, en cuanto juez último de la constitucionalidad de las leyes, la *Supreme Court* no sólo controla su conformidad con la Constitución, sino que las interpreta de conformidad con la misma, de modo tal que cuando una ley fuere susceptible de dos interpretaciones, una de las cuales la haría inconstitucional y la otra válida, Hughes consideraría deber de la Corte adoptar aquella interpretación que dejara a salvo su constitucionalidad («to adopt that construction which saves its constitutionality»)(201).

Pero aún puede señalarse algo más. La apertura de vías procesales antes inexistentes, como es el caso, por ejemplo, de la acción declarativa, que posibilita plantear la impugnación de la constitucionalidad de normas legislativas y el empleo de categorías y técnicas decisorias ajenas a la tradición de la *Supreme Court*, conducen, a juicio de un sector de la doctrina (202), a que este "Tribunal Constitucional" adopte modos y formas propios de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

II. Una última reflexión, encaminada a mostrar este proceso de progresiva convergencia, se hace necesaria, en esta ocasión en relación a los Tribunales Constitucionales de corte kelseniano. El sistema difuso ha encontrado su mayor receptividad en los sistemas jurídicos de *common law*; ello no obstante, en los sistemas jurídicos de la familia romano-germánica, como los denomina David (203), la *judicial review of Legislation* ha ejercido asimismo una fuerte sugestión, lo que se ha traducido en una cierta transposición, en el *modus*

---

(201) *Ibidem*, p. 36.

(202) FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional...», *op. cit.*, p. 1416.

(203) René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de Droit contemporains*, 11<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2002, p. 25.

*operandi* de los Tribunales Constitucionales, de técnicas jurídicas, y lo que aún importa más, de actitudes mentales que en cierta medida recuerdan a la *Supreme Court*, que ha sabido forjarse a lo largo de su dilatada historia los instrumentos idóneos en orden a la asunción de un rol verdaderamente creativo, incluso frente a la resistencia del legislador.

A este respecto, y sin ánimo de entrar en la superación del rol kelseniano del «legislador negativo», cuestión de la que ya nos hemos ocupado con un cierto detenimiento, es del mayor interés recordar el notabilísimo enriquecimiento que han experimentado las decisiones de los Tribunales Constitucionales, que ya no se limitan a una función puramente negativa, sino que han asumido en plenitud una función creadora mediante el recurso a técnicas jurídicas muy dispares, propias del sistema de la *judicial review*, como ha sido el caso de la diferenciación entre disposiciones y normas: éstas serían la resultante de un proceso hermenéutico de la disposición que puede conducir a extraer varias normas de una sola disposición, mientras que las disposiciones constituirían la expresión formalizada de la voluntad del órgano del que emana un determinado acto jurídico; dicho de otro modo, y siguiendo el concepto kelseniano, la norma sería el significado de un acto, lo que revela meridianamente que, a la inversa de la disposición, la norma no es una cosa sino un sentido. A partir de esta diferenciación, los Tribunales Constitucionales vienen disociando con bastante frecuencia la inconstitucionalidad de la nulidad.

Refiriéndose a Italia, si bien, desde luego, esta referencia es extrapolable a otros países, Zagrebelsky (204) ha constatado la notable aproximación entre el modo de funcionamiento de la *Corte Costituzionale* y el que caracteriza a los sistemas de control difuso, primigeniamente el que rige en los Estados Unidos, donde el Tribunal Supremo no lleva a cabo un control de la ley con abstracción de su necesidad de aplicación, sino que, a través de una valoración de la conformidad entre fuentes de diverso grado, «si rivolge alla enucleazione della regola da adottare per la risoluzione della controversia

---

(204) Gustavo ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977, pp. 152-153.

in modo costituzionalmente legittimo». En este modo de proceder, Zagrebelsky encuentra la última *ratio* que ha conducido a la *Corte Costituzionale* a admitir una declaración de inconstitucionalidad tan sólo de la norma, no de la disposición de la que proviene, y a la frecuente utilización de este instrumento.

En definitiva, tanto desde la óptica del funcionamiento del sistema norteamericano de la *judicial review*, y muy particularmente de la evolución experimentada por el órgano que se sitúa en el vértice del *federal judiciary*, como desde la apreciación igualmente del funcionamiento de los Tribunales Constitucionales de estirpe kelseniana, encontramos argumentos que, razonablemente, justifican que hablemos de la aproximación de uno y otro sistema, lo que, innecesario es decirlo, se suma a todo lo que ya se ha expuesto precedentemente en la misma dirección.

## 6. LA MIXTURA E HIBRIDACIÓN DE LOS SISTEMAS JURISDICCIONALES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO DE NUESTRO TIEMPO

I. La opción de los constituyentes que elaboraron los primeros códigos constitucionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial en favor de un modelo de Constitución que, como ya se ha expuesto, sigue de cerca la idea subyacente a la Constitución americana, con las consecuencias que de ello se iban a derivar para el control de la constitucionalidad de las leyes, iba a propiciar una hibridación del modelo kelseniano que, en lo sustancial, iba a seguir prestando su estructura centralizada, con algunos de los elementos característicos del control difuso, hibridación que quizá encontrara su más significativa manifestación en la introducción de las llamadas en Italia *questioni di legittimità costituzionale*, que, como señala Silvestri (205), introducirán una variante destinada a tener relevantes consecuencias sobre el núcleo esencial de la jurisdicción constitucional.

---

(205) Gaetano SILVESTRI, «La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo», en *Storia d'Italia-Annali*, vol. 14, Einaudi, Torino, 1998, pp. 941 y ss.; en concreto, p. 969.

Ciertamente, como se expuso precedentemente, ya la *Novelle* austriaca de 1929 había introducido este instituto, aunque con sensibles diferencias. Con el constitucionalismo de la segunda posguerra, la multiplicidad de variantes del mismo no ha hecho más que crecer y con ellas se ha ido acentuando ese proceso de mixtura e hibridación. Como ha escrito Pegoraro (206), «a seguito della impetuosa espansione del costituzionalismo e della forma di Stato liberal democratica, i modi di fare giustizia costituzionale si sono ancor più mescolati e complicati». El propio Pegoraro ha visualizado (207) una especie de tercer modelo, una suerte de *tertium genus*, que comprendería rasgos del sistema americano y del kelseniano, encerrando una mixtura de fórmulas o mecanismos procesales cuyo denominador común consistiría en que el control de constitucionalidad permanece en manos de un órgano centralizado, ubicándose el elemento de «difusión» en la fase introductoria del proceso, que no es decisoria. Sin embargo, ni siquiera la identificación de este *tertium genus* agotaría la clasificación de los muy dispares sistemas de control que los ordenamientos de nuestro tiempo nos muestran. Prueba de ello sería que el propio autor avanza la existencia de un *quartum genus*, que abarcaría países tales como Grecia, Portugal y algunos latinoamericanos en los que, básicamente, puede decirse que coexiste el control difuso con el concentrado (208).

Si los constituyentes y legisladores diseñaran los respectivos sistemas de justicia constitucional con la finalidad de alcanzar el máximo posible de armonía y de racionalidad, no cabe duda, como dice Pizzorusso (209), de que habrían de proceder a combinar fórmulas de uno y otro de los dos tradicionales modelos. Sin embargo, en la mayoría de los casos, los ordenamientos en la materia son fruto de

---

(206) Lucio PEGORARO, «La circolazione, la recezione e l'ibridazione dei modelli di giustizia costituzionale». Trabajo publicado, en su versión española, en el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (AlbJC)*, núm. 6, 2002, pp. 393 y ss. Manejamos, antes de su traducción, el texto original italiano mecanografiado que nos remitió su autor, p. 2. (en su versión española, p. 395).

(207) Lucio PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998, p. 27.

(208) *Ibidem*, pp. 39-45.

(209) Alessandro PIZZORUSSO, «I sistemi di giustizia costituzionale...», *op. cit.*, pp. 530-531.

la estratificación de textos normativos, de orientaciones políticas, de la propia y peculiar evolución histórica, de influencias culturales, en fin, de un dispar conjunto de variables difícilmente reconducibles a criterios racionales unívocos. De ahí las dificultades, nos atreveríamos a decir que insuperables, de dar vida a un *tertium genus* constituido por la suma o hibridación de dos modelos bipolares (210).

II. No pretendemos ahora ni mucho menos llevar a cabo un análisis casuístico del diseño actual de los sistemas de justicia constitucional de nuestro tiempo, sino tan sólo bosquejar algunos de sus rasgos característicos, con la finalidad esencial de mostrar cómo en ellos se acogen elementos de uno y otro modelo histórico, dificultando de esta forma, de modo casi insuperable, todo intento de clasificación que siga teniendo como referente la tipología tradicional. Tampoco pretendemos aludir a un elevado contingente de diseños constitucionales; nos limitaremos tan sólo a algunos, que bien pueden servir de ejemplos extrapolables a otros.

A) En Austria, Alemania, Italia, Bélgica y España, por aludir tan sólo a algunos países, coexiste un control de la ley, esto es, al margen de su aplicación, con un control realizado con ocasión de su aplicación en una *litis*, que desencadena el juez que conoce de la controversia concreta; dicho de otro modo, en buen número de países europeos conviven el control principal con el incidental, o lo que es lo mismo, los dos procedimientos a cuyo través se puede desencadenar la fiscalización en sede constitucional de la ley, procedimientos que, como el propio Kelsen admitiría, constituían la seña de identidad de cada modelo. Además, este control con ocasión de la aplicación de la ley puede viabilizarse igualmente a través de instrumentos procesales específicamente diseñados para la tutela de los derechos fundamentales, como sería el caso del *Verfassungsbeschwerde* alemán o del recurso de amparo español, que pueden desencadenar una fiscalización de la norma legal por el Tribunal Constitucional, en unos casos (el *Verfassungsbeschwerde*) directamente, en otros (el recurso de amparo) de modo indirecto, a través de un mecanismo

---

(210) En análogo sentido se manifiesta Giancarlo ROLLA, en «El control de constitucionalidad en Italia. Evolución histórica y perspectivas de reforma», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 3, enero/abril de 1998, pp. 137 y ss.; en concreto, p. 177.

interpuesto, como sería el de la llamada cuestión interna de inconstitucionalidad, o también autocuestión de inconstitucionalidad. En tales condiciones, ya el mero recurso, aunque sea a los solos efectos didácticos, de acudir a la diferenciación tradicional para catalogar el modelo de justicia constitucional de cualquiera de los países mencionados se nos antoja inadecuado.

B) En otros países europeos la hibridación es aún mayor, pues en algún caso, como el portugués, lo que ha habido, lisa y llanamente, es la casi completa recepción constitucional de los dos modelos, adelantando algo común a algunos países latinoamericanos. Nos referiremos a Grecia y a Portugal.

Grecia, hasta el golpe militar de 1967, tuvo un sistema inspirado en el modelo norteamericano, aunque no propiamente difuso, pues la posible inaplicación de una ley por razón de su inconstitucionalidad quedaba circunscrita al Consejo de Estado y al Tribunal de Casación. La Constitución griega de 1975 iba a habilitar a todos los tribunales para inaplicar las leyes cuyo contenido interpretaren en contradicción con la Constitución; así se infiere de su artículo 87.2, cuando dispone que en ningún caso serán obligados los jueces a atenerse a normas tendentes a la abolición de la Constitución; ello significa que los tribunales administrativos, con el Consejo de Estado al frente, los tribunales ordinarios, cuya más alta instancia es el Tribunal de Casación, el Tribunal de Cuentas y cualesquiera otros órganos jurisdiccionales, pueden verificar un control de constitucionalidad, promoviendo incluso de oficio tal control con ocasión de un proceso administrativo, civil o penal.

El diseño griego, según Favoreu (211), venía a romper el principio de que la justicia constitucional no se divide, pues aun siendo difusa se enmarca en el seno de un aparato jurisdiccional único rematado por un único Tribunal Supremo. Sin embargo, lo cierto es que no creemos que en Grecia pudiera sostenerse la existencia de tal división, por cuanto el artículo 100 de la Constitución contem-

---

(211) Louis FAVOREU, «Reflexiones sobre algunos problemas planteados por la justicia constitucional», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 3-4, abril/agosto de 1988, pp. 47 y ss.; en concreto, p. 50.

pla un «Tribunal Especial Superior» cuyas atribuciones, a juicio de nuevo del profesor francés, bien que harto discutible, semejan extrañamente las de un Tribunal Constitucional, al que se le atribuye (art. 100.1, e/) el conocimiento de los procesos que versen sobre la inconstitucionalidad de fondo o material o sobre el sentido de las disposiciones de una ley formal, en el supuesto de que sobre tales disposiciones hubiesen pronunciado resoluciones contradictorias el Consejo de Estado, el Tribunal de Casación o el Tribunal de Cuentas. En absoluto creemos que pueda calificarse de Tribunal Constitucional ese «Tribunal Especial Superior». Digamos ante todo, que su presencia se hace especialmente necesaria a la vista de que en Grecia, a diferencia de Estados Unidos, no existe un Tribunal Supremo único. Sin ese órgano, ningún otro órgano jurisdiccional es capaz de asegurar la unidad interpretativa, dificultada adicionalmente en Grecia por la inexistencia de la regla *stare decisis*. En consecuencia, el Tribunal Especial se nos presenta primariamente como un tribunal arbitral, llamado a dilucidar, en lo que ahora interesa, los conflictos interpretativos suscitados entre los más elevados órganos jurisdiccionales. Como bien señala Bon (212), más que ante una jurisdicción constitucional de tipo europeo, nos encontramos ante un tribunal de conflictos. Pero su mera existencia ya introduce un elemento de cualificación en un país del que podría pensarse que se acomoda sin más al modelo de la *judicial review*, modelo que al implantarse en un sistema jurídico de *civil law*, que además carece de un único órgano jurisdiccional en el vértice del poder judicial, exige de la creación de un órgano «ad hoc» que pueda tener la última palabra en los conflictos interpretativos surgidos entre los órganos de vértice de los distintos órdenes jurisdiccionales. El control difuso se transmuta así en el vértice en un control concentrado.

C) En Portugal, ya desde la Constitución republicana de 1911, fruto de la Revolución de 1910, que acabó con la Monarquía, arraigó el sistema norteamericano de la *judicial review*, muy posiblemente por el notable influjo de la Constitución brasileña de 1891, que introdujo la República y la forma federal del Estado brasileño, y

---

(212) Pierre BON, «Présentation générale», en *La Justice Constitutionnelle au Portugal*, Economica, Paris, 1989, pp. 19 y ss.; en concreto, p. 24.

que recepcionó igualmente la *judicial review* norteamericana (213). De esta forma, la Constitución de 1911 no sólo propiciará la muy temprana introducción del sistema americano en Europa, sino que convertirá a Portugal en uno de los primeros países europeos en dotarse de mecanismos jurisdiccionales de control de la constitucionalidad, siguiendo en ello a Noruega y Suiza. En el país helvético, pueden encontrarse analogías con el modelo norteamericano (214), que se hacen especialmente visibles en el *contrôle préjudiciel général* (215), pero no cabe olvidar que una limitación tradicional del sistema suizo de control de constitucionalidad ha sido la de excluir del mismo a las leyes federales, circunscribiéndolo, pues, a las leyes cantonales (216), aunque, como señala Hottelier, en los últimos años se puede apreciar una evolución jurisprudencial encaminada a limitar el alcance de las autoridades jurisdiccionales de aplicar las leyes federales en cualquier circunstancia (217).

Retornando a Portugal, donde el control difuso se mantendría incluso con la Constitución salazarista de 1933 (218), y por supuesto,

---

(213) La influencia brasileña, como recuerda Miranda, fue expresamente reconocida por el presidente de la Comisión del Proyecto de Constitución, el diputado Sr. Francisco Correia de Lemos. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, t. VI («Inconstitucionalidade e garantia da Constituição»), Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 125, nota 1.

(214) En tal sentido, Mauro CAPPELLETTI, en *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, op. cit., p. 54.

(215) «Le système suisse de juridiction constitutionnelle — escribe Hottelier — est bâti sur le mode diffus de contrôle des normes et des décisions que celles-ci génèrent. Cette caractéristique signifie que toute autorité chargée de l'application des normes est tenue d'examiner si celles-ci sont conformes au droit supérieur et, si tel n'est pas le cas, de refuser de les appliquer. Cette obligation est désignée par l'expression *contrôle préjudiciel général*. Michel HOTTELIER, «La justice constitutionnelle en Espagne et en Suisse», en Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 983 y ss.; en concreto, p. 996.

(216) En el Derecho suizo se consagró una suerte de poder/deber general de los jueces de inaplicar las leyes cantonales que interpretaran contrarias a la Constitución federal, como consecuencia implícita en el principio *Bundesrecht bricht kantonales Recht*.

(217) En 1991, el Tribunal Federal ha flexibilizado el rigor de la inmunidad conferida a las leyes federales al precisar que «pour certes l'obliger à appliquer les lois fédérales, la Constitution ne lui faissait nullement interdiction d'examiner, voire de constater, que celles-ci pouvaient n'être pas conformes à la Constitution».

(218) Recuerda Miranda, que la Constitución de 1933 confirmó el principio de la fiscalización jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, no sin modificaciones importantes, unas positivas y otras que representaron un grave retroceso. Así, por ejemplo,

también en la hoy vigente de 1976, cabe decir que tras la importantísima reforma constitucional de 1982, se ha dado vida a un complejo sistema de control de constitucionalidad que, no sin razón, ha sido considerado como «the most complete system of judicial review in Europe» (219). Después de 1982, el control difuso encomendado en 1976 a la totalidad de los órganos jurisdiccionales convive con el control concentrado, el control preventivo coexiste con el control sucesivo y la fiscalización por acción se completa con la fiscalización de las omisiones legislativas, todo ello armónicamente entrelazado. Los tribunales, con ocasión de la aplicación de la ley en un caso concreto que se hallare *sub judice*, están facultados para la inaplicación de cualquier norma que, a su juicio, estuviere en contradicción con la Constitución, si bien el Tribunal Constitucional es habilitado para conocer de una norma inaplicada en sede judicial por su inconstitucionalidad, cumpliendo así el trascendental rol de armonizar la interpretación de todo tipo de normas en conformidad con la Constitución. Tras la reforma de 1982, la intervención del Tribunal Constitucional no sólo es posible (como sucedía en el texto original de 1976, bien que en relación con la Comisión Constitucional, antecedente del Tribunal) cuando los tribunales rehusen aplicar una norma con fundamento en su inconstitucionalidad, sino que también lo es respecto de las decisiones judiciales que apliquen una norma cuya inconstitucionalidad hubiese sido suscitada durante el proceso. La legitimación para recurrir la decisión judicial ordinaria ante el Tribunal Constitucional se encomienda tanto al Ministerio Público como a las personas que, de acuerdo con la ley reguladora del proceso en que se dictó la decisión judicial, tengan legitimidad para recurrir, disponiendo al efecto de un breve plazo de diez días para la formalización del recurso en sede constitucional. La decisión del Tribunal Constitucional tiene fuerza de cosa juzgada en cuanto a la cuestión de inconstitucionalidad o ilegalidad planteada. Si el Tribunal estimara el recurso, aun cuando fuere tan sólo parcialmente, las

---

todos los tribunales asumieron la función, que ejercían de oficio, de controlar la constitucionalidad de las normas que hubiesen de aplicar en un caso concreto. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, *op. cit.*, t. VI, p. 125.

(219) Allan R. BREWER-CARÍAS, «Judicial Review in Comparative Law», en la obra recopilatoria de trabajos del propio autor, *Études de Droit public comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 525 y ss.; en concreto, p. 855.

actuaciones se devolverán al órgano jurisdiccional de procedencia a fin de que éste, según fuere el caso, reformule su decisión o la mande modificar de conformidad con la resolución sobre la cuestión de inconstitucionalidad o de ilegalidad. Es de interés significar que el Tribunal Constitucional declara con fuerza obligatoria general la inconstitucionalidad o ilegalidad de cualquier norma, una vez que la haya juzgado inconstitucional o ilegal en tres casos concretos. Este no es desde luego el caso de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad del Tribunal portugués, dictadas al hilo del control abstracto, lo que significa que la Constitución establece un régimen diverso para los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad en función de que se trate de un control abstracto o en vía principal, o de un control concreto, o en vía incidental.

Al margen de lo anterior resta el control abstracto en vía principal, que monopoliza el Tribunal Constitucional, contemplando la Constitución con notable amplitud la legitimación para recurrir ante el Tribunal, siendo asimismo de notar que la acción o requerimiento al Tribunal no queda delimitada temporalmente. Por lo demás, las decisiones estimatorias dictadas por el Tribunal en sede de control abstracto tienen fuerza obligatoria general, produciendo sus efectos desde la entrada en vigor de la norma declarada inconstitucional o ilegal, determinando la reviviscencia («a reprivatização») de aquellas otras normas que la declarada inconstitucional hubiere derogado, previsión que no deja de ser discutible, pero que viene a suponer unos efectos *ex tunc* en su grado máximo.

El diseño de la justicia constitucional en Portugal parece responder, básicamente, a una yuxtaposición de los dos tradicionales modelos, cuya articulación y armonización se busca a través de esa intervención última del Tribunal Constitucional que siempre cabe respecto de las decisiones llevadas a cabo por los tribunales ordinarios al hilo de su potestad de control de constitucionalidad. Difícilmente podríamos explicar un sistema tan complejo como el portugués recurriendo a los modelos tradicionales y a los rasgos binomiales que supuestamente los contraponen.

Argumentos semejantes podrían darse en relación a las democracias de la Europa oriental, aunque no vayamos a entrar en ellos. Diga-

mos tan sólo que, entre otros países, Polonia, las Repúblicas checa y eslovaca, Hungría, Rumania, Bulgaria y Rusia, han creado un Tribunal Constitucional. En todos ellos se halla asimismo presente un elemento difuso de control, pues todos ellos, con unas u otras características, han recepcionado el instituto de la cuestión de inconstitucionalidad.

III. América Latina nos ofrece un verdadero laboratorio en lo que a la justicia constitucional se refiere, un laboratorio en el que se han gestado y creado institutos procesales peculiares, de los que el juicio de amparo sería, sin duda, el paradigma, pero en el que también se han conjugado elementos de los dos modelos de justicia constitucional, acomodándolos a interesantes tradiciones endógenas, todo ello a lo largo de un dilatadísimo tracto histórico (220). Hoy quizá sean los sistemas de justicia constitucional latinoamericanos los que nos ofrezcan la prueba más fehaciente de la mixtura e hibridación a que venimos refiriéndonos, y ello, no obstante haber sufrido en los últimos años la justicia constitucional de algunos de estos países (Venezuela, Bolivia y Ecuador, muy particularmente, de resultados del pernicioso influjo autocrático chavista) un grave proceso de deterioro, que se ha traducido, en un caso (Venezuela), en la conversión del principal órgano de la justicia constitucional en una de las principales amenazas para los derechos y libertades de los ciudadanos, al ser un juguete en manos del sátrapa, y en los otros (Bolivia y Ecuador), en la creación, a modo de garantes de la Constitución, de auténticos engendros, que un análisis serio de estas instituciones no puede sino ignorar, que es lo que nosotros vamos a hacer.

En varios de estos países, como sería el caso de Colombia, Guatemala y Perú, coexisten el control concentrado en un Tribunal Constitucional y el control difuso, en cuanto que cualquier órgano jurisdiccional puede directamente inaplicar la norma legal que a su juicio sea incompatible con la Constitución, cuando fuere de aplicación en un caso del que ese tribunal esté conociendo. Las normas constitucionales han recurrido a diferentes técnicas de articulación entre los fallos de los órganos jurisdiccionales ordinarios, cuyo efecto se circunscribe al caso concreto, y la condición que, allí donde existe,

---

(220) Cfr. al respecto, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La Justicia Constitucional. Una visión de Derecho comparado*, t. III, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 51 y ss.

ha de corresponder al Tribunal Constitucional, que no puede ser otra sino la de intérprete supremo de la Constitución y del resto del ordenamiento en conformidad con la misma. Por poner un ejemplo, la Constitución de Guatemala de 1985 atribuye a la, por muchas razones, modélica Corte de Constitucionalidad la función de conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia.

En Chile, hasta la importantísima reforma constitucional de 2005, el Tribunal Constitucional creado por la Carta de 1980 ejercía un control preventivo, que incluso en el caso de las llamadas leyes interpretativas de la Constitución y de las leyes orgánicas constitucionales era, y sigue siendo, preceptivo, siendo tal control previo facultativo respecto de los tratados internacionales y de las leyes ordinarias. Tras la mencionada reforma constitucional, la fiscalización de los tratados que versen sobre materias propias de las leyes orgánicas constitucionales ha pasado también a ser preceptiva. El control preventivo de la ley llevado a cabo por el juez constitucional se complementaba con un control sucesivo o correctivo de las leyes vigentes, con ocasión de su aplicación en un caso concreto, que a su vez se concentraba en la Corte Suprema de Justicia, que, de oficio o a petición de parte, en los asuntos de que conociera directamente o cuyo conocimiento le fuere sometido a través del llamado recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, podía declarar inaplicable con efectos *in casu* todo precepto legal que considerara contrario a la Constitución. La reforma constitucional ha radicado esta segunda modalidad de control, la que se produce con ocasión de la aplicación de la norma legal, en el Tribunal Constitucional, concluyendo así en Chile ese peculiar control concentrado, pero compartido, una dualidad, como señalara la propia doctrina chilena (221), perturbadora de órganos y sistemas, poniendo fin de esta forma a dos interpretaciones de la Constitución, en ocasiones contrapuestas, que llegaron a generar incerteza e inseguridad jurídica. La reforma de 2005 ha venido a separar la declaración de inaplicabilidad de la de inconstitucionalidad, correspondiendo ambas

---

(221) Lautaro RÍOS ÁLVAREZ, «El nuevo Tribunal Constitucional chileno», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (AIJC)*, núm. 11, 2007, pp. 243 y ss.; en concreto, p. 257.

al Tribunal Constitucional. Este puede decidir la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación «en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial» resulte contraria a la Constitución (art. 93.6.º de la Constitución reformada), y asimismo (por una mayoría de los 4/5 de los miembros del Tribunal), la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable. Quiere ello decir, que tras la reforma de 2005 se ha venido a establecer una original diferenciación entre inaplicabilidad e inconstitucionalidad, supeditándose la segunda a la primera, habilitándose para plantear la cuestión de inaplicabilidad a las partes de la *litis* o al juez que conoce del asunto, mientras que cabe acción pública para instar del Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, previa declaración de inaplicabilidad, si bien también se prevé que el Tribunal Constitucional pueda en tal caso declarar de oficio la inconstitucionalidad. Basta con lo expuesto para constatar la peculiaridad del sistema chileno.

Los mecanismos de control de constitucionalidad coexisten con la acción de amparo, tutela o protección, que con todas estas denominaciones, según los países, se la conoce; de ella, por lo general, pueden conocer la totalidad de los órganos jurisdiccionales, cabiendo, allí donde existe un Tribunal Constitucional, una intervención final de éste. En algunos países el amparo fue concebido como una vía procesal encaminada a la reparación del derecho violado, pero no para la verificación de una inconstitucionalidad, concepción que ha ido evolucionando, de lo que ilustra perfectamente el caso argentino. Concebida en Argentina la acción de amparo como un proceso sumario por medio del cual se podía impugnar un acto lesivo que, con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, infringiera un derecho constitucionalmente reconocido, una reiterada doctrina jurisprudencial entendió que el amparo era una vía exclusivamente dirigida a la reparación del derecho violado. Esa interpretación quebró de modo frontal en los casos «Outón» (1967) y «Mate Laranjeira Mendes» (1967), al rechazar la Corte Suprema de la Nación el carácter absoluto del postulado de que en un juicio de amparo es siempre improcedente abordar la cuestión constitucional. A juicio de Vanossi (222), esta doctrina suponía

---

(222) Jorge Reinaldo A. VANOSI y Pedro Fermín UBERTONE, «Instituciones de defensa de la Constitución en Argentina», en *La Constitución y su defensa*, UNAM, México, 1984, pp. 87 y ss.; en concreto, p. 191.

la creación pretoriana por la Corte Suprema de una acción directa de inconstitucionalidad en el orden nacional, algo, evidentemente, bien alejado del punto de partida de la justicia constitucional argentina, que no era otro que el de la *judicial review* norteamericana. Aunque la mencionada doctrina encontraría diversas oscilaciones por parte de la Corte, tras la sentencia que ésta dictó en el «caso Peralta» (diciembre de 1990), quedó definitivamente consagrada la jurisprudencia iniciada en 1967. La reforma constitucional de 1994 zanjó definitivamente la cuestión, al habilitar al juez que conozca de la acción de amparo para la declaratoria de la inconstitucionalidad de la norma en la que se funde o sustente el acto u omisión lesivos, lo que, según Hitters (223), ha significado la puesta en marcha, a través del amparo, de una acción de inconstitucionalidad en una causa concreta, opinión sustancialmente coincidente con la anteriormente mencionada.

Distinta ha sido la concepción del juicio de amparo en México, país en donde, como corroboran sus antecedentes históricos, este instituto se ha revelado como un medio jurídico de salvaguarda de la constitucionalidad. A nivel federal, se ha admitido tradicionalmente en México el amparo contra leyes, bien que se requiera que tales leyes sean autoaplicativas, hallándose legitimadas para la interposición de esta acción aquellas personas que, en el momento de la promulgación de la ley, queden automáticamente comprendidas dentro de la hipótesis de su aplicación. Se puede comprender por todo ello que, como escribiera Burgoa (224), el control de la Constitución (más pertinente sería hablar de su salvaguarda) y la protección del gobernado frente al poder público, sean los dos objetivos lógica y jurídicamente inseparables que han integrado en México la teleología esencial del juicio de amparo.

A su vez, en Brasil, donde desde la Constitución de 1891, como ya se dijo, se impuso el modelo de la *judicial review*, la justicia constitucional ha evolucionado hacia lo que se ha llamado un sistema mixto de

---

(223) Juan Carlos HITTERS, «La Jurisdicción Constitucional en Argentina», en Domingo GARCÍA BELAUNDE y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (coords.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Dykinson (y otras Editoriales), Madrid, 1997, pp. 283 y ss.; en concreto, p. 301.

(224) Ignacio BURGOA, *El juicio de amparo*, 20.<sup>a</sup> ed., Porrúa, México, 1983, p. 148.

control difuso y concentrado (225), con clara tendencia, acentuada por la Constitución de 1988, a la ampliación del último. El mero hecho de que la Constitución contemple la *ação direta de inconstitucionalidade* frente a una ley o acto normativo federal o estatal, de la que conoce el Supremo Tribunal Federal, ha venido a presuponer un control concentrado que, por la pura vía fáctica, se ha venido sobreponiendo al difuso. Hoy, el Supremo Tribunal Federal es, de hecho, un verdadero Tribunal Constitucional, aunque no sea ese su nombre.

Tras lo expuesto, creemos que es algo obvio, que intentar recurrir a la categorización binomial de los modelos de justicia constitucional para tratar de caracterizar el de cada país latinoamericano es misión de todo punto imposible.

7. A LA BÚSQUEDA DE UNA NUEVA TIPOLOGÍA EXPLICATIVA  
DE LOS RASGOS CONFORMADORES DE LOS SISTEMAS DE CONTROL  
DE LA CONSTITUCIONALIDAD

I. Cuanto hasta aquí se ha expuesto nos conduce a la inexcusabilidad de abandonar la tradicional contraposición entre modelo europeo-kelseniano y modelo norteamericano, que desde decenios se ha venido utilizando a la hora de abordar la caracterización de un determinado sistema de justicia constitucional. Es de todo punto necesario buscar nuevos enfoques que nos permitan una más precisa identificación de los rasgos definidores del sistema. No es la nuestra, ni mucho menos, una posición solitaria o aislada, pues ya algunos autores, y ciertamente relevantes, han venido insistiendo, con muy diversos matices y posiciones, en una dirección análoga. A título puramente ejemplificativo, recordaremos algunos de ellos.

En Italia, Baldassarre (226) ha diferenciado dos grandes modelos de justicia constitucional, que identifica como: *giurisdizione dei*

---

(225) José AFONSO DA SILVA, «O controle de constitucionalidade das leis no Brasil», en Domingo GARCÍA BELAUNDE y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (coords.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, op. cit., pp. 387 y ss.; en concreto, p. 394.

(226) Antonio BALDASSARRE, «Parlamento y justicia constitucional en el Derecho comparado», en Francesc PAU I VALL (coord.), *Parlamento y Justicia Constitucional* (IV Jor-

*diritti fondamentali y giustizia politica*. Mientras este último encontraría su núcleo central en una función de moderación, en sintonía con la cual al Tribunal Constitucional correspondería la tutela de los principios de la forma de gobierno, el primer modelo encontraría su última *ratio* en la nueva concepción constitucional de los derechos, que se nos presentan no sólo como límites respecto de los poderes públicos, sino también como elementos positivos de orientación, integración y dirección, que operan como parámetros de legitimidad del ejercicio de los poderes públicos, particularmente de la función legislativa.

También en Italia, Pizzorusso (227) ha contrapuesto los sistemas concretos a los sistemas abstractos de control de constitucionalidad de las leyes. Los primeros se distinguen entre ellos sobre todo en función de que la cuestión de constitucionalidad de la disposición o norma legal se proponga al juez junto a una cuestión de aplicación de la ley, como sucede en los Estados Unidos, o bien deba ser filtrada por el juez que debe pronunciarse sobre la aplicación de la ley y tras esto remitirla al juez constitucional. Un segundo rasgo diferencial en los sistemas concretos vendría dado en función de que la eficacia de la sentencia se determine con relación al principio *stare decisis* (y se resuelva por lo mismo prevalente o totalmente en su eficacia como precedente), o bien que asuma un alcance *erga omnes* análogo al de la ley y otras fuentes a ella equiparables.

Los sistemas abstractos, siempre según el gran maestro de Pisa, se distinguen a su vez principalmente según que las impugnaciones (y las relativas decisiones) tengan carácter preventivo respecto del momento de entrada en vigor de la disposición o norma a la que se refieren (como tradicionalmente ha sucedido en Francia), o bien su carácter sea sucesivo, posterior, a tal momento (como en la República Federal alemana). Otro rasgo diferencial vendría dado en función de los sujetos legitimados para recurrir al juez constitucional, lo que a su vez exigiría atender a si la impugnación deriva de una con-

---

nadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos), Aranzadi Editorial, Elcano (Navarra), 1997, pp. 183 y ss.; en concreto, pp. 190 y ss.

(227) Alessandro PIZZORUSSO, «I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi», *op. cit.*, pp. 527-529.

troversia entre entes territoriales (*Bund/Länder*, Estado/Regiones) o bien entre órganos o, más bien diríamos por nuestra cuenta, fracciones de órganos (minoría parlamentaria frente a la mayoría que apoya un texto legal). La nota común vendría constituida por la configuración del juicio constitucional como una fase (en el caso del control *a priori* de corte francés) o como un apéndice del procedimiento de formación de un determinado acto legislativo.

En España, y en una línea no muy alejada de lo expuesto, Rubio Llorente (228) ha separado el modelo centrado en la ley de aquellos otros modelos de justicia constitucional centrados en la defensa de los derechos.

En fin, en Francia, también Fromont (229) ha propuesto una nueva clasificación que se asienta tanto en el procedimiento a cuyo través se apela al juez constitucional como en la naturaleza de la decisión que ha de adoptar. Y así, diferencia el procedimiento constitucional que responde a una lógica subjetiva y concreta (la sentencia constitucional pone fin a la demanda de una persona titular de derechos subjetivos, versando sobre la situación concreta de esa persona) de aquel otro que responde a una lógica objetiva y abstracta (la sentencia constitucional zanja una cuestión planteada por un actor de la vida política relativa a conflictos entre normas u órganos del Estado). Sin embargo, Fromont termina reconociendo que numerosos Estados combinan los dos tipos de procedimientos de justicia constitucional, combinación que se hace en proporciones muy variables según los casos.

II. Anticipemos ya, que por nuestra parte no pretendemos establecer una nueva clasificación a la que hayan de reconducirse los sistemas de justicia constitucional de cada país. Tan sólo intentamos, con una finalidad analítica, diferenciar un conjunto de variables, asentadas en la mayoría de los casos, aunque no en todos, en

---

(228) FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa», en *Manuel Fraga. Homenaje Académico*, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1997, vol. II, pp. 1411 y ss.; en concreto, pp. 1416 y ss.

(229) MICHEL FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 42-44.

binomios dicotómicos, y sujetas a una cierta articulación, con las que poder ofrecer pautas explicativas de las muy distintas modalidades o vertientes que, como regla general, nos ofrece el control de constitucionalidad en cada país, modalidades que, por lo común, como ya se ha podido constatar, se presentan entremezcladas en los muy heterogéneos sistemas de justicia constitucional que la realidad nos ofrece, lo que convierte en ilusorio tratar de identificar y caracterizar un modelo de justicia constitucional con la vista puesta en la contraposición entre el modelo europeo-kelseniano y el norteamericano. No se trata ésta ni mucho menos de una construcción acabada, sino de un primer esbozo, que esperamos poder ir desarrollando con el tiempo.

III. Hemos de partir, como núcleo central de esta vertebración o, si así se prefiere, como elemento de articulación del conjunto, de la contraposición que hoy nos parece de mayor relevancia, que no es otra que la que atiende a si el control de constitucionalidad es un control de la ley, al margen por entero de su aplicación, o si, por el contrario, se trata de una fiscalización con ocasión de la aplicación de la ley. En el primer caso, el control en sede constitucional se lleva a cabo en ausencia no sólo de un litigio judicial previo, sino, más ampliamente, de todo conflicto de intereses subjetivos. En el segundo caso, el control se desencadena con ocasión de un litigio en el que se enfrentan intereses subjetivos contrapuestos. Piénsese que en Estados Unidos el pronunciamiento de un tribunal acerca de una cuestión constitucional, a través de la *judicial review*, exige que el mismo sea necesario para la resolución de un caso concreto, lo que encuentra su indiscutible lógica en el hecho de que, como Marshall sostuvo en el celeberrimo *Marbury case*, la facultad de que dispone el *judiciary* para interpretar y hacer prevalecer la Constitución en caso de conflicto con una norma legal tiene que ser deducida de la obligación de los tribunales de decir lo que es el Derecho en un caso concreto, decidiéndolo de conformidad a Derecho (un Derecho que, en ocasiones, viene dado por la Constitución). Pero innecesario es decir a estas alturas, que también el *konkrete Normenkontrolle* alemán, la cuestión de inconstitucionalidad española o las *questioni di legittimità costituzionali* italianas (y demás instrumentos procesales análogos), independientemente de las diferencias que guarden con el modelo de la *judicial review*, entrañan que el control de constitucio-

nalidad se desencadene con ocasión de la aplicación de la ley. Y ello no sólo puede repercutir sobre el propio juicio constitucional, pues es evidente que sólo a través de su aplicación puede la ley revelar matices, aristas o perfiles de imposible constatación en abstracto, sino que también a esta modalidad de control se anudan elementos diferenciales con esa otra fiscalización que es el control de la ley. Piénsese simplemente en la infinita mayor carga política que se anuda al control de la ley, que en bastantes ocasiones se limita a revestir con un ropaje jurídico lo que no es sino una dura controversia política en sede parlamentaria, trasladando al ámbito de la justicia constitucional la confrontación política entre la mayoría parlamentaria y la oposición. Desde otra óptica, obsérvese que en el control con ocasión de la aplicación de la ley adquieren un especial protagonismo, inusual en la otra modalidad de desencadenamiento del control, los derechos y libertades de los ciudadanos. Creemos que basta con lo dicho para captar la relevancia de esta diferenciación de matriz.

La diferenciación matriz de la que partimos, aunque con reminiscencias evidentes de la contraposición bipolar control abstracto/control concreto, nos parece más pertinente, siquiera sea porque, a nuestro entender, quizá por su mayor grado de abstracción, permite un más nítido encasillamiento del tipo de control que posibilita la cuestión de inconstitucionalidad e instrumentos similares, que, no dejando duda alguna acerca del hecho de que se trata de un control con ocasión de la aplicación de la ley, suscita, por el contrario, alguna mayor complejidad cuando se trata de reconducir al binomio control abstracto/control concreto, pues como ya tuvimos oportunidad de exponer, aún admitiéndose una cierta concreción en el planteamiento, la misma convive con la abstracción del enjuiciamiento llevado a cabo en sede constitucional.

IV. A partir de esta diferenciación, en la primera forma de desencadenamiento del control (control de la ley), habría que atender a dos variables, cada una de las cuales nos ha de conducir a su vez a una diferencia binomial:

A) Por un lado, se ha de atender al momento de verificación del control, lo que nos ha de conducir a diferenciar entre un control *a priori*, previo o preventivo, y otro *a posteriori*, sucesivo o

reparador, según que la fiscalización se lleve a cabo antes o después de la promulgación de la ley. En el primer caso, que puede estar especialmente indicado en algunos supuestos (control de un tratado internacional antes de que el Estado preste su consentimiento para obligarse al mismo, control de un texto legislativo que exija para su promulgación de un previo referéndum de ratificación popular), el órgano de control de la constitucionalidad asume el rol virtual de un legislador adicional, y su fiscalización se convierte en una fase más del procedimiento legislativo, más aún cuando, como sucede en ciertos países (piénsese en Francia o Chile, respecto, al menos, a determinadas normas) esa fiscalización es preceptiva. En el segundo, como ya se ha dicho, con frecuencia encuentran su continuidad los conflictos políticos surgidos en sede parlamentaria, travestidos ahora bajo un ropaje jurídico.

Dentro a su vez del control sucesivo, puede tener un cierto interés establecer una diferenciación adicional según que el control se halle delimitado temporalmente o no exista, por contra, límite temporal para su desencadenamiento. A nuestro entender, la delimitación temporal del plazo para interponer una acción de inconstitucionalidad es coherente con las exigencias del principio de seguridad jurídica, y allí donde, como en España, existe también la posibilidad de un control con ocasión de la aplicación de la ley, desencadenado por los jueces, la sujeción de la acción o recurso de inconstitucionalidad a un plazo temporal breve en modo alguno cierra en el futuro la posibilidad de someter una norma legal a su fiscalización en sede constitucional.

B) Por otro lado, es necesario atender a la naturaleza del interés constitucional que se trata de salvaguardar por intermedio del control de constitucionalidad, que nos conduce a diferenciar entre un control objetivo o en interés del orden constitucional general, y un control competencial, o en interés del orden constitucional de competencias establecido en relación a los distintos entes territoriales que conviven en un Estado compuesto. Piénsese, por ejemplo, en que a uno y otro control se anuda una legitimación para recurrir normalmente muy diferente. Bien ilustrativo de esta diferencia es el artículo 105 de la Constitución de México, que tras la reforma de diciembre de 1994, dedica sus dos extensos apartados a las controversias constitucionales

y a las acciones de inconstitucionalidad. Las primeras, según quien quizá mejor las ha estudiado (230), son procedimientos de única instancia que se plantean ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación por la Federación, los Estados, el Distrito Federal o los cuerpos de carácter municipal, o por sus respectivos órganos legitimados, cuyo objeto es solicitar la invalidación de normas generales (lo que incluye leyes y actos no legislativos de otros entes similares) con base en que tales normas no se ajustan al sistema federal constitucional (o lo que es igual, al sistema de distribución de competencias). De modo bien significativo, el artículo 105.I dispone que cuando las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los Municipios impugnadas por la Federación, la resolución de la Corte Suprema que las declare inválidas tendrá efectos generales cuando hubiere sido aprobada por una mayoría de, al menos, ocho votos (de un total de once Jueces), con lo que se equiparan los efectos de las controversias constitucionales con los de las acciones de inconstitucionalidad, que se contemplan en el artículo 105.II.

Es cierto, desde luego, y de ello somos conscientes, que esta categoría de la naturaleza del interés constitucional a preservar a través del control puede desbordar el ámbito de la categorización en que nosotros la hemos ubicado. Pensemos, por ejemplo, en el caso italiano, donde el control de constitucionalidad con vistas a la salvaguarda del orden constitucional de competencias se ha canalizado por unos derroteros procesales que nada tienen que ver con los seguidos en relación a la salvaguarda del orden constitucional general. Ello, con todo, no resta interés a la división que hemos establecido; si acaso revela la notable dificultad de sujetar a patrones dogmáticos generales la enorme diversidad y riqueza de matices que nos muestran los sistemas de control de constitucionalidad recepcionados por cada país.

V. En la segunda modalidad de desencadenamiento del control, esto es, en el control de constitucionalidad con ocasión de la aplicación de la ley, creemos necesario asimismo atender a dos diferentes variables, a las que se van a vincular a su vez otras categorizaciones, de las que nos ocupamos sucesivamente:

---

(230) Juventino V. CASTRO, *El artículo 105 constitucional*, 5.<sup>a</sup> ed., Porrúa, México, 2004, pp. 59-60.

A) La primera variable atiende a los órganos a los que se atribuye la competencia para fiscalizar la conformidad constitucional de la ley, pudiendo diferenciarse al respecto entre un control difuso, en el que cualquier juez o tribunal ordinario puede llevar a cabo el control de constitucionalidad de la norma que ha de aplicar en un caso litigioso del que está conociendo, y un control concentrado, en el que esa fiscalización corresponde a un único órgano. Esta diferenciación encuentra su lógica tan sólo en el control de constitucionalidad con ocasión de la aplicación de la ley, pues es obvio que no cabe en un control de la ley.

Por lo que se refiere al control difuso, parece claro que, en cuanto presupone que una pluralidad de órganos judiciales puede decidir acerca de la inconstitucionalidad de una norma legal que han de aplicar en un caso del que están conociendo, entrelazando de esta forma la aplicación de la norma y su enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional, nos sitúa ante el modelo norteamericano de la *judicial review* y sus congéneres. Ello permite diferenciar claramente este modelo respecto de aquellos otros sistemas que, aún habiendo optado por posibilitar un control de constitucionalidad con ocasión de la aplicación de la ley, al contar con un Tribunal Constitucional, limitan la función del juez ordinario, que se reduce a llevar a cabo un primer control de constitucionalidad, tras el que, en su caso, deberán someter al Tribunal Constitucional el pronunciamiento definitivo acerca de la compatibilidad con la Constitución de la norma legal. El control, aun cuando entendido en su manifestación más extrema de rechazo de la norma inconstitucional, se concentra de esta forma en un único órgano, por cuanto sólo él puede expulsarla del ordenamiento jurídico. Por lo mismo, esta categorización permite separar con cierta claridad ambas fórmulas de control, lo que, a nuestro entender, difícilmente lograríamos con tanta nitidez si jugáramos con el binomio control abstracto/control concreto. Por lo demás, es claro que en el control difuso la fiscalización constitucional de la norma legal puede ser instada por las partes de la *litis* o bien puede desencadenarse por iniciativa del propio órgano jurisdiccional.

En cuanto al control concentrado, podemos a su vez establecer dentro del mismo dos categorizaciones diferentes, en función del

órgano al que se encomienda el control y de la instancia desencadenante del mismo.

a) En atención al órgano al que se encomienda la fiscalización de la norma legal, cabe diferenciar entre aquellos países que han encomendado ese control a un órgano *ad hoc*, un Tribunal Constitucional, y aquellos otros que lo han atribuido a un órgano jurisdiccional ordinario, sea la Corte Suprema de Justicia, sea una Sala de la misma, si bien no puede ignorarse aquí el proceso de transformación que han experimentado ciertos Tribunales Supremos, que se han convertido, *de facto*, en auténticos Tribunales Constitucionales, aunque sigan manteniendo su denominación tradicional. Las Cortes Supremas de Brasil y México nos ofrecen un buen ejemplo de ello.

Aunque por su propia lógica, la idea de un control concentrado se identifica con el monopolio del control (o por lo menos, en coherencia con lo que se ha sostenido a lo largo de este trabajo, con el monopolio de rechazo) por un órgano, la experiencia histórica nos revela que incluso esta identificación por entero coherente puede quebrar. Piénsese en el referido caso de Chile, con anterioridad a la reforma constitucional de 2005, en donde el control concentrado era residenciado en dos órganos diferentes, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, si bien tampoco cabe olvidar que esa peculiar circunstancia de un control concentrado compartido no obstaría a nuestra diferenciación, pues sólo a la Corte Suprema correspondía el control llevado a cabo con ocasión de la aplicación de una ley, dado que el control encomendado en exclusiva al Tribunal Constitucional era un control de la ley de carácter preventivo.

Por lo demás, somos conscientes de que la diferenciación esbozada difícilmente acoge todos los sistemas constitucionales de control de constitucionalidad. Pensemos, por ejemplo, en el modelo portugués. El control con ocasión de la aplicación de la ley, en principio, sigue muy de cerca la lógica del modelo norteamericano, pero la posibilidad de recurrir, en último término, al Tribunal Constitucional introduce un elemento innovador, rupturista incluso. El control se residencia en un primer momento en los jueces, siguiendo el diseño americano de entrelazamiento entre aplicación de la norma y enjuiciamiento de su constitucionalidad, pero la última palabra escapa

del poder judicial para ir a parar a un órgano «*ad hoc*», el Tribunal Constitucional. Control difuso y control concentrado se yuxtaponen, aunque el último termine imponiéndose, pues no en vano es el juez constitucional, el Tribunal Constitucional, quien dispone de la última palabra, como por lo demás no puede ser de otro modo allí donde existe. La enorme diversidad de fórmulas constitucionales, como se ve, dificulta extraordinariamente su reconducción a categorías generales explicativas entrelazadas en un sistema armónico, lo que, en cualquier caso, no debe ser un impedimento para su categorización y sistematización.

b) En atención a la instancia desencadenante del control, se pueden diferenciar tres modalidades: el control instado por un órgano judicial, el control desencadenado por una persona lesionada en sus derechos o afectada en sus intereses legítimos y el control instado por los entes territoriales de un Estado compuesto.

a') El control instado por un órgano jurisdiccional nos sitúa ante el caso, bien frecuente en Europa como ya se vio, de la cuestión de inconstitucionalidad, de las *questioni di legittimità costituzionali* o del *konkrete Normenkontrollen*, por poner algunos ejemplos. En estos supuestos, los jueces a los que la norma que han de aplicar en un litigio concreto del que estén conociendo les suscite dudas acerca de su conformidad con la Constitución, han de llevar a cabo un primer, y provisional, control de constitucionalidad, y sólo cuando de resultas del mismo lleguen al convencimiento de la inconstitucionalidad de esa norma, podrán fundadamente elevar la cuestión a la resolución del Tribunal Constitucional.

b') El control que desencadena una persona lesionada en sus derechos o intereses legítimos. Esta modalidad de control se presenta claramente allí donde cabe el amparo frente a leyes, en el bien entendido de que en tales casos se hace necesaria la existencia de una verdadera afectación de la persona. Así, en Alemania, el *Verfassungsbeschwerde* exige en estos casos que quien recurre en queja constitucional se halle afectado personalmente (esto es, la norma legal debe estar dirigida directamente al recurrente de amparo); actualmente (el recurrente debe verse afectado «actualmente», no «virtualmente» en el futuro), e inmediatamente (el recurrente se ve afectado «inmediatamente» por una norma cuando ésta se entro-

mete en su posición protegida por los derechos fundamentales, sin necesidad de que el «mandato legal» requiera una transformación a través de un reglamento o un acto administrativo)(231). Puede, pues, hablarse de que un individuo puede desencadenar un control de constitucionalidad de una ley que, aun no siendo objeto de un acto de aplicación específico, por su carácter autoaplicativo, afecte la esfera de intereses legítimos de la persona en cuestión. Esta afectación justificaría, a nuestro modo de ver, que esta modalidad de control se reconduzca a lo que identificamos como control con ocasión de la aplicación de la ley, aunque no exista acto expreso de aplicación. Piénsese asimismo, por poner otro ejemplo, en el artículo 140.1, *in fine* de la Constitución austriaca, que habilita a cualquier persona que considere que se ha visto directamente lesionada en sus derechos por la inconstitucionalidad de una ley, para instar al Tribunal Constitucional a conocer de tal inconstitucionalidad, siempre que tal lesión se produjere de modo actual e inmediato, sin mediar la previa adopción de una resolución judicial o administrativa. Y otro tanto cabría decir del amparo contra leyes mexicano. Como señalara Burgoa (232), para que el amparo se mantenga dentro del cauce que le marca su propia esencia institucional, sin dejar de ser un medio de impugnación de leyes inconstitucionales que violen las garantías individuales, es menester reafirmar el principio de la existencia del agravio personal, añadiendo poco después, que el amparo contra leyes procede cuando se trata de leyes autoaplicativas, y que, por exclusión, es improcedente cuando lo que se trata de impugnar consiste en disposiciones legales que requieran un acto concreto de aplicación posterior para producir un agravio. Diferente sería, creemos, el caso de Colombia, donde la sexquicentaria acción popular de inconstitucionalidad no tendría aquí encaje, debiendo reconducirse a la modalidad de control de la ley, como control objetivo o en interés del orden constitucional general, dado que en Colombia el conocidísimo instituto de la acción popular de

---

(231) Peter HÄBERLE, «El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional», en Domingo GARCÍA BELAUNDE y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (coords.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, *op. cit.*, pp. 225 y ss.; en concreto, p. 263.

(232) Ignacio BURGOA, *El juicio de amparo*, 20.<sup>a</sup> ed., Porrúa, México, 1983, pp. 222 y 224.

inconstitucionalidad se halla desligado de la afectación de la ley que se impugna a los derechos o intereses de una persona, vinculándose expresamente, como afirma la doctrina colombiana (233), con el derecho de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

c') El control instado por los entes territoriales de un Estado compuesto, dirigido a reivindicar la titularidad de una competencia indebidamente asumida por otro ente territorial. Piénsese, por ejemplo, en el control que puede desencadenar un conflicto de competencias que, en el marco de un Estado compuesto (federal, autonómico o regional), enfrente al Estado y a un ente territorial del mismo. Este conflicto se presenta como una disputa entre entes públicos con respecto a sus respectivos ámbitos competenciales. En España, este conflicto se ha deslindado del recurso de inconstitucionalidad en atención al rango de la norma controvertida, de modo tal que sólo cabe en el caso de disposiciones de rango infralegal, por lo que, en principio, parece que podría concluirse, que en nuestro país los conflictos de competencias que oponen al Estado con una Comunidad Autónoma no son reconducibles al control con ocasión de la aplicación de la ley. Pero esta conclusión no puede dejar de matizarse si se atiende al artículo 67 LOTC, que contempla el supuesto de que la competencia controvertida hubiera sido atribuida por una ley o norma con rango de ley, pues aunque es cierto que el citado precepto exige en tal caso la tramitación del conflicto de competencias en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad, no lo es menos que materialmente se sigue estando ante un conflicto competencial, en el que la particularidad esencial reside en que la disposición o acto frente al que se suscitó el conflicto estaba habilitado por una norma legal. Aunque el Tribunal Constitucional ha hablado de que el artículo 67 LOTC prevé un «expediente de transformación procesal», de pertinente aplicación tan sólo cuando la cuestión de a quién corresponda la competencia debatida viene a ser inseparable de la apreciación sobre la adecuación o inadecuación de la norma o normas legales invocadas para fundamentar aquella competencia al orden competencial derivado de la Constitución y de los Estatutos

---

(233) Eduardo CIFUENTES MUÑOZ, «La Jurisdicción Constitucional en Colombia», en Domingo GARCÍA BELAUNDE y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (coords.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, op. cit., pp. 469 y ss.; en concreto, p. 475.

de Autonomía (234), tal transformación dista de ser absoluta (235). Más aún, el propio juez constitucional admitió en un primer momento (236), que el artículo 67 LOTC se situaba «en la línea de otros supuestos dirigidos a facilitar el control concreto de normas», arbitrando un cauce procesal para dar solución a este «incidente de inconstitucionalidad», dejando, pues, a las claras que, en cierto modo, nos hallamos ante un control incidental reconducible por ello mismo a la categoría de la que ahora nos estamos ocupando.

B) La segunda de las variables a las que se puede atender en el ámbito del control de constitucionalidad con ocasión de la aplicación de la ley, y que en modo alguno cabría en el ámbito del control de constitucionalidad de la ley, es la relativa a la eficacia de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad, habiéndose de distinguir aquí según tengan efectos en el caso concreto, *in casu*, y por lo mismo *inter partes*, o proyecten sus efectos con carácter general (*erga omnes*). Podría pensarse que esta última dicotomía es innecesaria en cuanto que podría quedar subsumida en la distinción fijada en atención a la pluralidad o unicidad de los órganos competentes para realizar el control, de forma tal que en el control difuso los efectos serían *inter partes* mientras que en el concentrado lo serían *erga omnes*. Ello constituiría un notable error, pues tal regla, que desde luego tiende a la generalidad, quiebra sin embargo en algunos casos, haciendo por ello mismo conveniente esta categorización. Así, por poner algunos ejemplos específicos, el control concentrado en manos de la Corte Suprema uruguaya no se traduce en que sus sentencias tengan efectos generales, circunscribiéndose tales efectos al caso concreto. Otro tanto podría afirmarse respecto de la Corte Suprema de Justicia paraguaya, cuya Sala Constitucional conoce tanto de la inconstitucionalidad de las leyes como de la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias. Y lo mismo, finalmente, bien que sin pretensión ni mucho menos de exhaustividad,

---

(234) Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 80/1988, de 28 de abril, FJ 2.º

(235) En sentido análogo, Javier GARCÍA ROCA, «Comentario al artículo 67», en Juan Luis REQUEJO PAGÉS (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, pp. 1085 y ss.; en concreto, p. 1087.

(236) STC 39/1982, de 30 de junio, FJ 3.º

habría que decir de los efectos de las sentencias de la Corte Suprema chilena dictadas con ocasión de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, mecanismo que ha estado en vigor durante un cuarto de siglo (1980-2005). Y desde otra perspectiva, el ejemplo portugués abre aún adicionales quiebras a esa supuesta regla general, pues como ya pusimos de relieve, mientras las decisiones estimatorias del Tribunal Constitucional en sede de control abstracto tienen fuerza obligatoria general, no se puede decir lo mismo de las decisiones similares dictadas al hilo del control incidental, esto es, del que inicialmente han llevado a cabo los jueces ordinarios, pues en tal caso se opta de modo implícito por el efecto *inter partes*, al determinarse que sólo cuando la norma haya sido enjuiciada como inconstitucional en tres casos concretos la sentencia constitucional adquirirá fuerza obligatoria general. Estos ejemplos revelan cómo no siempre la concentración del control en un único órgano va unida a la generalidad de los efectos de sus sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad.

VI. Hemos de terminar. Y lo hemos de hacer significando que, con la categorización expuesta, al margen ya de no tenerla aún completa y definitivamente perfilada, pues, como ya se ha dicho, se trata de una investigación abierta, no hemos pretendido en modo alguno agotar la casi inabarcable riqueza y heterogeneidad de los sistemas de control de constitucionalidad de nuestro tiempo, en los que, a modo de pauta general, sí habría que destacar que se aprecia un progresivo deslizamiento del control de constitucionalidad de la ley al control llevado a cabo con ocasión de su aplicación (237), rasgo tendencial que a su vez se conecta íntimamente con el cada vez mayor protagonismo de una jurisdicción constitucional de la libertad, en perfecta coherencia con el lugar realmente de privilegio, con la centralidad, que los derechos y libertades ocupan en los códigos constitucionales de nuestro tiempo, y también en el sentimiento constitucional de la ciudadanía.

---

(237) Battaglini va aún más lejos al considerar que, como principio general, el control debe venir referido al acto (legislativo) ya formado, lo que presupone el rechazo de todo tipo de control previo o preventivo. «Il controllo in itinere (como nel caso del *veto*) è assai dubbio che possa essere considerato un vero e proprio controllo di costituzionalità». Mario BATTAGLINI, «Contributo allo studio comparato del controllo di costituzionalità: i paesi che non hanno controllo», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Anno XII, 1962, pp. 663 y ss.; en concreto, p. 769.